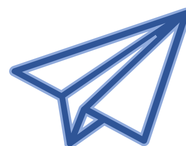


N°1
Janvier 2022



LA LETTRE DES CAHIERS

Analyses universitaires à partir des décisions rendues par les Cours d'appel d'Agen, de Bordeaux, de Pau et de Toulouse

Sommaire

Edito

Les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées sont morts, vive la Lettre de jurisprudence régionale !

Cette ancienne acclamation traduit parfaitement l'évolution contemporaine de cette publication dont vous êtes aujourd'hui les premiers témoins. Les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, nés dans les années 1970 à l'Université de Pau à l'initiative du Professeur Lorvellec, auront vécu près de 50 ans sous leur forme papier, le dernier numéro de ce type – le 2020-2 – venant clore une très longue aventure qui aura vu se succéder nombre d'enseignants-chercheurs, personnels administratifs, avocats et magistrats mais qui, pour l'essentiel, aura surtout vu cohabiter des collègues devenus amis. Partis d'une revue désireuse de mettre en lumière les arrêts de la cour d'appel de Pau, les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées auront, dans un premier temps, accueilli l'Université de Bordeaux et, par son truchement, les cours d'appel de Bordeaux et d'Agen avant, en 1997, de faire une place à l'Université et à la cour d'appel de Toulouse, passant de la région à proprement parler au grand Sud-Ouest. La famille s'est ainsi agrandie tout naturellement, consolidant et institutionnalisant davantage encore les liens scientifiques et amicaux qui unissaient déjà les chercheurs et professionnels de ces ressorts respectifs. Comme dans toute grande famille, les coups durs l'ont disputé aux moments de joie, la tristesse a parfois succédé à l'euphorie, les naissances heureuses ont été suivies de décès douloureux mais, en tout état de cause, si le renoncement a quelquefois guetté, l'envie de poursuivre le chemin ensemble a été la plus forte.

Les chiffres des Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées traduisent à eux-seuls l'ampleur de la tâche accomplie et donnent le vertige. Depuis l'origine, ce sont un peu plus de 150 Cahiers qui ont été livrés aux abonnés, pour environ 21.000 décisions annotées, observées, rapportées… sans compter les actes de colloques publiés depuis ces dernières années. La mise en abîme donne le tournis. Elle permet aussi, sans doute, de comprendre que les équipes, au renouvellement plus faible ces dernières années, avaient peut-être tellement donné qu'il paraissait difficile d'en exiger encore davantage. La crise sanitaire ayant frappé les éditeurs juridiques en général n'a pas manqué de se rappeler également à notre belle revue comme à un grand nombre de nos collaborateurs, déjà très fortement sollicités par ailleurs.

C'est dans ce contexte que le bureau de l'Association des Cahiers de jurisprudence a souhaité modifier en profondeur la revue, consacrant sa disparition et annonçant par là-même la naissance de la Lettre de jurisprudence régionale, au rythme de départ de 2 numéros par an. Conçue sous format électronique, cette nouvelle revue en ligne entend concentrer ses efforts sur des thématiques ou sur des problématiques partagées par les quatre cours d'appel du Sud-Ouest, ou par certaines d'entre elles, ou par l'une d'entre elles seulement. Rédigés sous forme de « Point sur… », ces problématiques feront l'objet d'une analyse juridique prenant appui sur la jurisprudence des quatre cours d'appel, sans que la volonté de bâtir des perspectives avec les décisions rendues sur la même question par d'autres cours d'appel ou par la Cour de cassation, ne soit évacuée. La Lettre de jurisprudence régionale pourra également comprendre, le cas échéant, des actes de colloques ou de journées d'études, des comptes-rendus de manifestations scientifiques ou encore un focus sur une ou plusieurs décisions particulièrement remarquables émanant de l'une ou de plusieurs de nos cours d'appel de référence.

Un chemin s'est refermé, un autre vient de s'ouvrir. C'est avec vous, abonnés d'hier, lecteurs de demain, que nous souhaitons l'arpenter.

Arnaud LECOURT

Cette lettre a été préparée par :

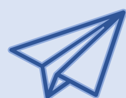
Pierre-Yves Ardoy, Université de Pau et des Pays de l'Adour, https://iftj.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/l-equipe.html

Evelyne Bonis, Université de Bordeaux, https://iscj.u-bordeaux.fr/Equipe

Maryline Bruggeman, Université Toulouse 1 Capitole, https://idprive.ut-capitole.fr/

Charlotte Claverie-Rousset, Université de Bordeaux, https://iscj.u-bordeaux.fr/Equipe

Arnaud Lecourt, Université de Pau et des Pays de l'Adour, https://tree.univ-pau.fr/fr/organisation/membres/cv-lecourt-fr.html



Point sur…

Le préjudice d'anxiété des salariés de l'amiante
à la lumière des contentieux de masse de la Cour d'Appel de Bordeaux

Par Kieran VAN DEN BERGH
Doctorant à l'Université de Bordeaux
Unité de recherche : Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (Comptrasec)
Pour en savoir plus sur l'auteur : https://comptrasec.u-bordeaux.fr/les-membres/kieran-van-den-bergh

En décembre 2020 puis en juillet 2021, la Cour d'appel de Bordeaux a été le théâtre de deux contentieux de masse qui sont venus préciser le régime juridique du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'inhalation des poussières d'amiante. Le premier opposait la « La Monnaie de Paris »[1] à 66 de ses anciens salariés[2] ; le second, quant à lui, opposait la SNCF[3] à 49 de ses anciens salariés[4]. Ces contentieux, qui ont débuté en 2015[5] et 2016[6], sont arrivés jusqu'à la Cour de cassation[7] avant de revenir devant la Cour d'appel de Bordeaux en 2020 et 2021. Les salariés ont ainsi bénéficié, entre temps, de l'évolution jurisprudentielle tout à fait majeure impulsée par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le 5 avril 2019[8]. En effet, cette dernière est venue ouvrir aux travailleurs exposés à des poussières d'amiante la possibilité d'obtenir réparation au titre de leur préjudice d'anxiété, quand bien même ceux-ci ne relèveraient pas du champ d'application des dispositifs légaux de solidarité nationale visant à compenser les salariés exposés à l'amiante[9]. La Cour met donc un terme à une inégalité de traitement régulièrement critiquée par la doctrine entre les salariés bénéficiaires du dispositif légal et ceux qui n'en bénéficient pas[10]. En effet, la loi du 23 décembre 1998 de financement de la Sécurité sociale pour 1999[11] a mis en place un Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA) permettant de verser une allocation de « retraite anticipée » atteignant 65% du

---

[1] Établissement public industriel et commercial (EPIC) ayant notamment pour mission de fabriquer les pièces métalliques ayant cours légal et pouvoir libératoire destinées à la circulation en France.
[2] CA Bordeaux, soc., arrêt, 17 déc. 2020, n° 20/01074, M. E c/ EPIC LA MONNAIE DE PARIS, n° Jurisdata 2020-020926 comme exemple type pour ce contentieux toutefois, furent décidés le même jour les décisions : n° 20/01055 ; n° 20/01103 ; n° 20/00968 ; n° 20/00984 ; n° 20/00990 ; n° 20/00987 ; n° 20/00991 ; n° 20/01101 ; n° 20/00977 ; n° 20/00964 ; n° 20/01109 ; n° 20/00967 ; n° 20/01107 ; n° 20/00983 ; n° 20/01080 ; n° 20/01089 ; n° 20/01058 ; n° 20/01099 ; n° 20/00965 ; n° 20/01095 ; n° 20/01070 ; n° 20/00971 ; n° 20/01092 ; n° 20/00973 , n° 20/00974 ; n° 20/00966 ; n° 20/01061 ; n° 20/01100, ; n° 20/00976 ; n° 20/00975 ; n° 20/01071 ; n° 20/00985 ; n° 20/00978 ; n° 20/01077 ; n° 20/00979 ; n° 20/01072 ; n° 20/00972 ; n° 20/01088 ; n° 20/01105 ; n° 20/01047 ; n° 20/00969 ; n° 20/01085 ; n° 20/01066 ; n° 20/01078 ; n° 20/01065 ; n° 20/0108 ; n° 20/01069 ; n° 20/01059 ; n° 20/01062 ; n° 20/00980 ; n° 20/00989 ; n° 20/01097 ; n° 20/01068 ; n° 20/01098 ; etc.
[3] SA SNCF VOYAGEURS (EPIC)
[4] CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373, SA SNCF VOYAGEURS venant aux droits de l'EPIC 'SNCF' c/ M. N, n° Jurisdata 2021-012083 (48 salariés traités en une seule décision) et CA n° 20/03371 du même jour.
[5] CPH Bordeaux sect. Comm., 16/04/2015, n° F 13/01830 puis CA Bordeaux ch. Soc. Sect. B, 23/03/2017
[6] CPH Bordeaux sect. Ind., 02/02/2016, n° F16/219 puis CA Bordeaux ch. Soc., sec. A, 16/05/2018, n° 16/1908
[7] Cass. Soc. 20 nov. 2019, n° 18-19.578, n° 18-19.579 et autres ; Cass. Soc. 8 juill. 2020, n° 19-14.167
[8] Ass. Plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442 ; C. Willman, « Préjudice d'anxiété : un revirement attendu, beaucoup d'inconnues », *Hebdo éd. Soci. N° 780* du 18 avr. 2019
[9] D. Asquinazi-Bailleux, « Préjudice d'anxiété des travailleurs d'établissements non-classés : l'avancée jurisprudentielle », *Dr. Soc.* 2019. 456
[10] *Cf.* C. Willmann, « Préjudice d'anxiété : un revirement de jurisprudence … anxiogène », *RDSS*. 2019. 539
[11] Loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998

salaire antérieur[12] pour les seuls travailleurs remplissant les critères posés à son article 41. Or, les bénéficiaires de cette allocation ont cherché à compléter cette compensation légale en faisant reconnaître, par le juge, d'autres chefs de préjudice pour tenter de couvrir les dommages qui ne seraient pas réparés par le versement de l'ACAATA[13].

C'est dans ce contexte qu'en 2009, la Cour d'Appel de Bordeaux a été la première à reconnaître un préjudice d'anxiété au profit des salariés qui avaient travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y était fabriqué ou traité de l'amiante[14]. La Cour d'appel considérait en effet que ces travailleurs se trouvaient « par le fait de leur employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse »[15]. La Cour de cassation confirme cette décision au motif que la Cour d'appel avait « ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique et légalement justifié sa décision »[16], tout en refusant de reconnaître le préjudice économique lié à la perte de salaire et à l'amputation de futurs droits à la retraite[17]. La Cour de cassation a donc d'abord pris le parti de refuser aux salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'ACAATA toute réparation de leur préjudice d'anxiété[18], y compris lorsque ceux-ci parvenaient à démontrer un manquement de leur employeur à son obligation de sécurité[19]. À l'inverse, si les critères d'accès à l'allocation spécifique sont bien réunis, le salarié considéré n'a pas à démontrer avoir été exposé à de l'amiante ni même d'avoir subi de préjudice[20], en sachant que l'exigence de rendez-vous réguliers devant attester cette angoisse a rapidement été abandonnée[21]. En définitive, ceux-ci bénéficient d'une « triple présomption » qui permet une réparation quasi-automatique[22]. La réalité du préjudice est en quelque sorte déduite du fait que le salarié se sait exposé à un risque de déclarer une pathologie grave par le simple fait que l'établissement dans lequel il travaillait figure sur la liste ministérielle[23].

Si la décision précitée du 5 avril 2019[24] ne vient pas faire disparaître le régime dérogatoire au droit commun ouvert aux salariés bénéficiaires de l'ACAATA, elle permet en revanche aux salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette allocation d'obtenir réparation pour leur préjudice d'anxiété sur le fondement du droit commun de la responsabilité[25]. L'inégalité substantielle qui séparait ceux qui pouvaient obtenir réparation de leur préjudice et ceux qui ne le pouvaient pas se mue désormais en une simple, quoique délicate, inégalité probatoire[26]. En effet, le salarié qui cherche à se prévaloir d'un préjudice d'anxiété sans pour autant entrer dans le champ d'application de l'ACAATA doit démontrer la réalité de son préjudice, la faute de son employeur ainsi qu'un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi. Pour ce faire, il doit justifier d'une exposition à l'amiante[27] et, plus particulièrement, démontrer que cette exposition génère bien « un risque élevé de développer une pathologie grave »[28] susceptible de constituer un préjudice d'anxiété « personnellement subi »[29]. Il pourra alors agir sur le fondement de l'obligation de sécurité de son employeur. Toutefois, pour ce faire, et contrairement à la position prise par la Cour de cassation dans les célèbres arrêts « *Amiante* » du 28 février 2002[30], il devra bien démontrer un manquement de son employeur à

---

[12] Dispositif complété en par la loi n° 2000-1257 du 23 déc. 2000, de financement de la Sécurité sociale pour 2001 qui met en place le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) qui s'active lorsque le salarié déclare une maladie liée à l'inhalation des poussières d'amiante. *Cf.* P. Lokiec, *Droit du travail*, PUF, Thémis droit, Paris 2019, § 441

[13] V. en ce sens S. Tournaux, « L'expansion du domaine de l'action en réparation d'un préjudice d'anxiété », *La lettre juridique* n° 796, 26 sept. 2019

[14] CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, 7 avr. 2009, n° 08/04290, Sté Ahlstrom Label Pack c/ Hocmelle, n° jurisdata: 2009-003768

[15] *Ibid.*

[16] Cass. Soc. 11 mai 2010, n° 09-42.241

[17] *Cf.* S. Tournaux précité ou encore P. Jourdain, obs. sous Cass. Soc. 11 mai 2010, *RTD Civ.* 2010. 564. Pour une confirmation de ce rejet cf. Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 11-20.948

[18] *Cf.* par ex. Cass. Soc. 25 mars 2015, n ° 13-21.716

[19] Cass. Soc. 26 avril 2017, n° 15-19.037 ; Soc. 21 sept. 2017, n° 16-15.130.

[20] Cass. Soc. 3 mars 2015, n° 13-20.486, n° 13-26.175, n° 13-21.832 et n° 13-20 .474 ; Dr. Soc. 2015. 360, note M. Keim-Bagot

[21] Soc. 4 déc. 2012, n° 11-26.29 ; *D.* 2012. 2973 ; *JCP E*, 2013. 1061, note M. Voxeur.

[22] V. C. Willmann, "Préjudice d'anxiété : un revirement de jurisprudence … anxiogène », *précit.*

[23] V. en ce sens A.-M. Grivel, « Où l'on parle du préjudice d'anxiété », *Dr. Soc.* 2021. 59

[24] Ass. Plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442, *op. cit.*

[25] V. en ce sens not. D. Asquinazi-Bailleux précité.

[26] *Cf.* B. Gauriau, *JCP S* n° 16, 23 avr. 2019. 1120. §21

[27] *Ibid.*

[28] *Ibid.*

[29] *Ibid.*

[30] Soc. 28 févr. 2002, *Arrêts Amiante*, n° 00-10.051, 99-17.221 P, 99-21.255 P et 99-17.201 P ; *D.* 2002. 2696, note X. Prétot ; *GADS* 2010, n° 26-27 ; *RDSS* 2002. 357, obs. P. Pédrot et G. Nicolas ; *RTD Civ.* 2002. 310, obs. P. Jourdain ; *Dr. Soc.* 2002. 445, note A. Lyon-Caen, *JCP* 2002. II 10053, concl. A. Benmaklouf, note F. Petit

cette obligation[31]. La décision du 5 avril 2019 est aussi l'opportunité pour l'Assemblée plénière de confirmer la décision *Air France* rendue par la chambre sociale en 2015[32] qui ouvre la possibilité à l'employeur d'échapper à sa responsabilité s'il prouve avoir pris toutes « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs » contenues aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail[33].

Il faudra donc réussir à cristalliser le caractère direct et certain de ce préjudice qui, par nature, relève pourtant d'une angoisse provoquée par un dommage *a priori* incertain[34]. Cette « angoisse » subjective concerne donc un avenir qui n'est qu'éventuel. Quel est donc le niveau d'objectivation qu'il faut atteindre pour rendre cette angoisse suffisamment certaine afin qu'il soit équitable de l'opposer à la personne désignée comme fautive ? Cette interrogation, de plus en plus fréquente au regard de la diversification croissante des chefs de préjudices reconnus par les juges[35], n'en demeure pas moins délicate et variable au regard de l'origine de l'angoisse considérée[36]. Il s'agira donc de déterminer si le risque envisagé est suffisamment caractérisé pour qu'une personne raisonnable, placée dans une situation similaire, puisse légitimement ressentir une angoisse face à ce risque. La probabilité de survenance de ce risque ainsi que la gravité de ses conséquences doivent être telles que cela puisse raisonnablement lui provoquer des troubles psychologiques[37]. Ainsi conçu, ce n'est pas la réalisation du risque en tant que telle qui doit être directe et certaine, mais l'angoisse provoquée par l'exposition à ce risque qui est d'une nature et d'une gravité telles qu'elles rendraient l'anxiété consécutive à ce risque certaine, indépendamment du fait de savoir si le risque se réalisera ou non[38]. Un salarié exposé qui aurait la chance de ne jamais développer de maladie liée à l'amiante peut donc légitimement souffrir d'anxiété du fait même de cette incertitude[39]. Le fait dommageable est alors l'exposition du salarié aux poussières d'amiante là où l'anxiété consécutive à cette exposition dommageable, éprouvée une fois qu'il est informé de cette exposition, constitue un chef de préjudice personnel qui peut être direct et certain.

La Cour d'appel de Bordeaux, dix ans après avoir été à l'origine d'une première reconnaissance du préjudice d'anxiété pour les travailleurs de l'amiante relevant de l'ACAATA, est désormais sommée par la chambre sociale de la Cour de cassation de revoir sa copie[40] à la lumière de la nouvelle jurisprudence applicable[41] au sujet de deux contentieux de masse concernant des salariés qui ne relèvent cette fois pas du champ d'application de l'ACAATA. En somme, et selon la nouvelle ligne jurisprudentielle, le juge du fond doit désormais procéder à l'identification juridique d'une exposition fautive du salarié à des poussières d'amiante (I) pour tenter ensuite de dénouer la délicate question de la détermination du préjudice réparable (II).

I – L'exposition fautive du salarié à des poussières d'amiante

Les arrêts d'espèces illustrent comment des salariés qui sont exclus de l'ACAATA peuvent démontrer avoir été personnellement exposés à des poussières d'amiante (A), tout en rapportant que cette exposition constitue bien une atteinte à l'obligation de sécurité de leur employeur (B).

A) La preuve d'une exposition à des poussières d'amiante

L'exposition du salarié à des poussières d'amiante constitue la première composante du « fait dommageable » dont il pourra chercher à obtenir réparation[42]. Ceci marque une réelle spécificité par rapport au régime originel, ouvert exclusivement aux salariés couverts par l'ACAATA, qui bénéficient d'une présomption irréfragable d'exposition par le

---

[31] Ass. Plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442 *précit.*

[32] Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, publié au rapport annuel de la Cour de cassation, p. 1666, *D.* 2016. 147, note E. Wurtz ; *Dr. Soc.* 2016. 457 étude P.-H Antonmattéi ; *JCP E* 2016. 1146, note A. Bugada

[33] Posture jurisprudentielle qui a été étendue au harcèlement moral à l'occasion de la décision *Finimétal* : Cass. Soc. 1er juin 2016, n° 14-19.702

[34] *Cf.* M. Bartolucci, « Le préjudice d'anxiété en droit public », *RFDA*. 2018. 153

[35] V. en ce sens F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chenédé, *Droit civil : Les obligations*, 12e éd., Paris 2019, § 932, pour une approche critique cf. M. Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », *D.* 2010. 2376

[36] V. P. Jourdain, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G*. 1221

[37] En sachant par ailleurs que la Cour de cassation considère que le préjudice d'anxiété répare « l'ensemble des troubles psychologiques […] résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante ». *Cf.* Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 12-12.110, n° 12-20.157, n° 12-20.912. V. sur point P. Jourdain, « Préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs de l'amiante et troubles dans les conditions d'existence : ces préjudices sont-ils distincts ? », *RTD Civ*. 2013. 844

[38] *Cf.* X. Aumeran, « Le préjudice d'anxiété des travailleurs à la croisée des chemins », *Dr. Soc.* 2017. 935

[39] *Cf.* C. de Romanet, « Préjudice d'anxiété : régime dérogatoire maintenu et retour au droit commun », *Hebdo éd. Sociale n° 864*, 7 mai 2021 qui parle du caractère « infra-pathologique » de l'inquiétude considérée.

[40] Cass. Soc. 20 nov. 2019, n° 18-19.578 et autres ; Cass. Soc. 8 juill. 2020, n° 19-14.167 *précit.*

[41] V. en ce sens G. Pignarre, « Préjudice d'anxiété, cumul (ou non cumul) d'avantages, la chambre sociale rappelle opportunément l'état du droit positif », *RDT*. 2020. 60

[42] La seconde étant le fait d'entrainer un risque élevé de pathologie grave abordé *infra.*

simple fait que leur employeur remplisse les critères de l'article 41 de la loi de 1998[43]. Apparaissent ainsi des situations sans doute ubuesques au regard de l'esprit de cette loi. Des travailleurs qui n'ont jamais été exposés à des poussières d'amiante peuvent en effet obtenir réparation d'un préjudice d'anxiété qui est en réalité inexistant étant donné, qu'au regard de leurs fonctions au sein de l'entreprise ou des locaux dans lesquels ils travaillaient, ceux-ci n'ont jamais pu être exposés à des poussières d'amiante[44]. À l'inverse, dans les cas d'espèce, les salariés qui ne relèvent pas du champ d'application de l'ACAATA doivent non seulement démontrer que leur employeur a utilisé des produits contenant de l'amiante, mais ils doivent aussi démontrer qu'ils y ont été personnellement exposés[45]. Ils doivent ainsi commencer par démontrer que le dommage dont ils se prévalent existe.

Dans les décisions du 17 décembre 2020[46] la Cour d'appel de Bordeaux commence donc par soulever qu'une réunion du comité d'hygiène et de sécurité avait déjà évoqué le problème lié à l'inhalation des poussières d'amiante en 1975[47]. En 1976, des prélèvements réalisés par l'APAVE révèlent une concentration en amiante qui est « supérieure au seuil limite » [48]. En 1983, un médecin souligne un « empoussièrement important et permanent »[49]. En 1996, une campagne de remplacement des produits contenant de l'amiante est enfin lancée, mais n'est que partiellement réalisée. Le dépoussiérage et le déménagement des fonderies effectués en 2004 par des entreprises extérieures sont réalisés sans qu'aucune mesure de protection des salariés ne soit prise car elles n'avaient pas été dument informées de la présence d'amiante dans les équipements déménagés. Enfin, un rapport du Bureau VERITAS en date du 22 mars 2011 atteste qu'il existe encore de l'amiante dans certains équipements de l'établissement[50].

Après avoir constaté la présence continue d'amiante dans l'établissement, la Cour d'appel relève que l'ensemble du personnel se relayait pour fournir une prestation de « balayage » des locaux. Elle souligne qu'il « n'est pas contesté que les salariés, en exerçant continûment l'activité 'balai' pendant de nombreuses années, ont eu une exposition directe à la poussière d'amiante dans les locaux contigus aux ateliers de fabrication […] »[51]. Les salariés étaient aussi amenés à « effectuer des déplacements dans des secteurs plus amiantés que leur propre atelier »[52] confirmant ainsi que l'ensemble du personnel affecté à ces établissements étaient exposés aux poussières d'amiante.

Dans les décisions en date du 07 juillet 2021[53], la Cour d'appel a été plus expéditive. Elle se contente de souligner que l'ensemble des salariés partie au litige étaient chargés de la maintenance et de la remise en état du matériel roulant de la SNCF et qu'il « est constant et non contesté qu'ils ont été exposés à l'inhalation des poussières d'amiante »[54]. La Cour s'appuie notamment sur le « 'dossier amiante' issu de l'édition du journal 'la vie du rail' de mai 1996 » qui documente la présence d'amiante notamment dans le matériel roulant, les entrepôts et les ateliers du matériel[55]. Elle souligne également que les salariés ont rapporté, sans être contredits, qu'ils intervenaient pour la plupart d'entre eux « sans protections »[56] et que la manipulation des matériaux en amiante se faisait « au contact les uns des autres, tous les corps de métiers travaillant à proximité […] le nettoyage se faisant à la soufflette, à la pelle et au balai »[57]. Enfin, les bâtiments eux-mêmes étaient constitués de matériaux en amiante avec notamment une toiture en « fibrociment » qui étaient « chauffés et ventilés par un système à air pulsé »[58]. L'ensemble des salariés concernés ont ainsi démontré avoir été personnellement exposés à des poussières d'amiante.

Considérant que le préjudice d'anxiété vise à réparer « une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »[59], il semble tout à fait pertinent de devoir démontrer qu'il y a bien eu une exposition qui puisse rendre ce préjudice possible. Ceci est vrai pour les salariés qui échappent

[43] *Cf*. A.-M. Grivel, « Où l'on parle de préjudice d'anxiété », *Dr. Soc.* 2021. 59
[44] V. en sens L. Gamet, « Le préjudice d'anxiété » *précit.*
[45] Cass. Soc. 19 juin 2019, n° 18-17.443 ; Soc. 16 oct. 2019, n° 17-18.44 ; *Dr. Soc.* 2020. 847, étude L. Bento de Carvalho et S. Tournaux
[46] *Cf. supra*, CA Bordeaux, soc., arrêt, 17 déc. 2020, n° 20/01074 et s., note n° 2
[47] *Ibid.*
[48] *Ibid.*
[49] *Ibid.*
[50] *Ibid.*
[51] *Ibid.*
[52] *Ibid.*
[53] *Cf. supra*, CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373 et s., note n° 4
[54] *Ibid.*
[55] *Ibid.*
[56] *Ibid.*
[57] *Ibid.*
[58] *Ibid.*
[59] *Ibid.*

au champ d'application de l'ACAATA, mais devrait sans doute également s'appliquer aux salariés qui bénéficient de cette allocation. En effet, ces derniers peuvent s'appuyer sur « un avantage exorbitant du droit commun par une cessation anticipée d'activité et le versement d'une allocation »[60] visant à « réparer forfaitairement l'entier dommage, au titre d'un risque non réalisé »[61]. Rechercher la responsabilité de l'employeur sur le fondement du droit commun pour compléter ce dispositif légal suppose *a minima* de pouvoir démontrer qu'il y a bien un dommage à réparer[62]. Les contentieux de masse qui sont analysés en l'espèce montrent bien que les salariés véritablement exposés à des poussières d'amiante disposent d'une grande variété de moyens d'en rapporter la preuve. Une telle exigence probatoire aurait pour effet bénéfique d'éviter les effets d'aubaine. C'est aussi pourquoi de nombreuses analyses doctrinales militent en faveur d'une extension de cette exigence probatoire aux salariés bénéficiaires de l'ACAATA[63], même si la Cour de cassation s'y oppose à l'heure actuelle[64]. Il en va de même pour la démonstration du caractère fautif de cette exposition aux poussières d'amiante.

B) La preuve d'une faute de l'employeur au regard de son obligation de sécurité

La décision de l'Assemblée plénière en date du 5 avril 2019[65] confirme également le revirement de jurisprudence touchant l'obligation de sécurité de l'employeur qui a été impulsé par la célèbre décision *Airfrance* de 2015[66]. L'employeur n'est en effet plus « tenu à l'impossible »[67] car il peut désormais démontrer avoir « pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail » en matière de santé et de sécurité au travail[68] pour échapper à sa responsabilité en cas d'atteinte à la santé ou à la sécurité de ses salariés.

Il ne suffit donc pas de caractériser une exposition du salarié aux poussières d'amiante pour engager la responsabilité de l'employeur. Il faut en effet démontrer que cette exposition est la conséquence d'un manquement de celui-ci à son obligation de sécurité et donc d'une faute. Ceci consacre la transformation de nature de cette obligation de sécurité qui était de résultat, car la simple constatation du dommage subie par le salarié suffisait pour caractériser la faute de son employeur, en une obligation de moyen[69]. L'employeur pourra ainsi démontrer avoir mis en œuvre toutes les instructions légales contenues aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail pour prévenir le risque et donc démontrer que l'atteinte subie n'est pas fautive[70]. À ce titre, la décision de la Cour d'appel de Paris à l'origine du pourvoi ayant donné lieu à la décision de l'Assemblée plénière a été cassée pour avoir justement refusé d'examiner les mesures qui auraient pu permettre à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité[71].Toutefois, la densité de cette obligation légale de sécurité est telle qu'un débat doctrinal a émergé sur la question de savoir s'il s'agissait d'une obligation de résultat « atténuée »[72] ou d'une obligation de moyen « renforcée »[73]. Car, si la simple survenance du dommage n'est plus suffisante en elle-même pour automatiquement constituer la faute de l'employeur, il reste que ce dernier doit pouvoir démontrer avoir strictement respecté l'ensemble des prescriptions légales contenues dans le Code du travail. Finalement, le résultat attendu n'est plus la sécurité du salarié en tant que telle, mais la mise en place de toutes les mesures de prévention des risques devant permettre cette sécurité[74].

Dans le contentieux relatif à l'amiante, il faudra donc déterminer si l'employeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'un risque d'exposition de ses salariés. Le cas échéant, il devra démontrer avoir pris toutes les mesures adéquates telles que contenues dans le Code du travail pour protéger ses salariés contre le risque ainsi identifié. En l'espèce, la Cour d'appel de Bordeaux a suivi différentes approches pour retenir le manquement des

---

[60] V. en sens L. Gamet, « Le préjudice d'anxiété » *précit.*
[61] *Ibid.*
[62] *Ibid.*
[63] V. en sens L. Gamet, *op.cit.*; A.-M. Grivel, « Où l'on parle de préjudice d'anxiété », *Dr. Soc.* 2021. 59 ;
[64] *Cf.* note explicative de l'arrêt consultable : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_41953.html
[65] Ass. Plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442 *précit.*
[66] Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444 *précit.*
[67] *Cf.* S. Fantoni-Quinton et P.-Y. Verkindt, « Obligation de résultat en matière de santé au travail – À l'impossible nul n'est tenu », *Dr. Soc.* 2013. 229
[68] P.-H. Antonmattei, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », *Dr. Soc.* 2016. 457
[69] *Cf.* sur cette distinction théorisée par René Demogue, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 5e éd. 2019, §§ 756 et s.
[70] V. en ce sens D. Asquinazi-Bailleux, *op.cit.*
[71] *Cf.* Ass. Plén. 5 avril 2019 précit.
[72] G. Pignarre et L.-F. Pignarre, « La prévention : pierre angulaire et/ou maillon gaible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ? », *RDT.* 2016. 151
[73] J. Mouly, « L'assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement moral », *JCP.* 2016. 822, n°28 : C. Radé, « Prescription de l'action en réparation du préjudice d'anxiété des victimes de l'amiante », *Dr. Soc.* 2020. 1049
[74] G. Pignarre et L.-F. Pignarre, *op. cit.*

employeurs considérés à leurs obligations de sécurité. Dans le contentieux concernant la « Monnaie de Paris », la Cour d'appel s'appuie sur une analyse chronologique. Elle souligne que l'employeur avait connaissance du risque encouru par ses salariés dès 1975 et que, malgré tout, celui-ci n'a procédé à aucun effort de remplacement des produits contenant de l'amiante jusqu'en 1996, soit plus de 20 années plus tard[75]. Puis, le remplacement des produits contenant de l'amiante n'a été que partiel en sachant que l'ensemble du personnel exposé n'avait pas été équipé de masques adaptés aux risques physiques liés à l'amiante[76]. Les mesures de protection collectives, comme les systèmes de ventilation ou encore les tables d'aspiration de poussières, étaient également jugés insuffisants car un empoussièrement important continuait à être observé[77]. Par suite, la Cour d'appel considère que l'employeur « ne démontre pas avoir formé et informé de manière adéquate ses salariés avant 1997 sur les risques physiques liés à l'amiante de nature à ce qu'ils ne soient pas exposés de manière régulière au danger de l'inhalation de l'amiante »[78].

Dans les décisions concernant la SNCF[79], la Cour d'appel prend une approche encore plus englobante. Elle souligne que, d'après les rapports de l'INSERM de 1997[80] et de la mission commune d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante de 2005 mandatée par le Sénat[81], « dès 1906, le lien entre exposition aux fibres d'amiante et survenue de décès professionnels est clairement établi »[82]. Ceci permet à la Cour d'appel de considérer que dès 1965 « le risque amiante » était bien connu. Elle estime de ce fait que la SNCF ne pouvait pas ignorer les risques encourus par ses salariés exposés et cela même « avant les premiers textes imposant des mesures spécifiques »[83]. La SNCF ne peut donc pas se libérer de sa responsabilité au titre qu'il n'existait pas d'obligation spécifique en matière d'amiante avant le décret du 17 août 1977[84]. À l'inverse, la Cour souligne que l'employeur relevait bien du champ d'application de ce décret et ne justifie pourtant pas avoir régulièrement mesuré l'empoussièrement des ateliers ni même avoir mis en place des mesures de protection collective ou individuelle effectives et suffisantes pour se mettre en conformité avec ce texte[85]. Dès 1985, le CHSCT avait alerté l'employeur sur le non-respect de la règlementation en vigueur, de nombreux documents ayant ensuite été adressés à l'employeur pour l'alerter sur les dangers de l'amiante auxquels étaient exposés les salariés. La Cour d'appel en déduit donc que l'employeur, en ne prenant pas les mesures de prévention et de sécurité « prévues par les dispositions […] du code du travail nécessaires pour sauvegarder la santé de ses salariés alors qu'il n'ignorait pas le danger auquel ils étaient exposés, a manqué à son obligation de sécurité »[86].

Les employeurs des cas d'espèces étudiés sont donc fautifs car ils n'ont pas pris toutes les mesures légales pour protéger leurs salariés contre les risques liés à l'inhalation des poussières d'amiante, alors pourtant qu'ils étaient parfaitement informés à la fois de la dangerosité d'une telle exposition mais aussi de la réalité de l'exposition de leurs salariés. Il reste néanmoins qu'après avoir caractérisé une exposition des salariés aux poussières d'amiante ainsi qu'une faute de l'employeur dans le respect de son obligation de sécurité, les juges doivent se prêter au délicat exercice de détermination du préjudice réparable.

II – La délicate détermination du préjudice réparable

Les arrêts d'espèces permettent de se rendre compte que la notion de risque élevé de pathologie grave sert désormais de standard à la caractérisation du préjudice d'anxiété (A) tout en illustrant la manière dont les juges du fond abordent le problème de la quantification de ce préjudice particulier (B).

A) La caractérisation du risque élevé de pathologie grave comme standard

Pour caractériser son dommage le salarié ne doit pas simplement démontrer avoir été exposé à des poussières d'amiante. Il doit également démontrer que cette exposition a « généré chez lui un risque élevé de pathologie grave »[87]. Cela sous-entendrait-il qu'un risque « faible » de développer une pathologie grave ou alors un risque élevé de développer une pathologie « bénigne » exclurait la reconnaissance du dommage réparable ? En matière

[75] *Cf. supra*, CA Bordeaux, soc., arrêt, 17 déc. 2020, n° 20/01074 et s., note n° 2
[76] *Ibid.*
[77] *Ibid.*
[78] *Ibid.*
[79] *Cf. supra*, CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373 et s., note n° 4
[80] Consultable en ligne : https://www.ipubli.inserm.fr/handle/10608/20
[81] Consultable en ligne : http://www.senat.fr/commission/missions/amiante/amiantebis050221.html
[82] *Ibid.*
[83] *Ibid.*
[84] Décret n° 77-949 du 17 août 1977
[85] *Cf. supra*, CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373 et s., note n° 4
[86] *Ibid.*
[87] Cass. Ass. Plen. 5 avril 2019 précité

d'exposition aux poussières d'amiante, ce critère peut sembler surprenant étant donné que la dangerosité de ce matériau est particulièrement bien documentée[88]. D'ailleurs, dans ses décisions en date du 17 décembre 2020, la Cour d'appel de Bordeaux n'a même pas distingué la question de l'exposition aux poussières d'amiante de celle du risque élevé de pathologie grave[89]. Elle a souligné, pour chaque salarié concerné, que celui-ci « a travaillé plus de 10 ans au sein de la Monnaie de Paris sans protection individuelle adaptée contre les risques physiques liés à l'amiante »[90], lui permettant de justifier « avoir subi une exposition environnementale cancérogène en raison de la présence d'amiante […], exposition qui a généré chez lui un risque élevé de pathologie grave »[91].

Néanmoins, dans le contentieux de la SNCF, l'employeur considère que le risque en l'espèce n'était pas « élevé » au titre que les demandeurs « ne fournissent aucune donnée scientifique permettant d'évaluer concrètement le risque généré par leur exposition »[92]. Or, sans rejeter de but en blanc la pertinence de cette argumentation, la Cour d'appel renverse le raisonnement en soulignant que « quand bien même il pourrait être admis qu'un faible taux d'exposition n'est pas susceptible de générer un risque élevé de maladie grave, la SNCF […] ne démontre pas que tel était le cas pour les salariés concernés par la présente procédure, alors qu'il est acquis qu'ils étaient quotidiennement exposés à la poussière d'amiante, et qu'aucune mesure de leur taux réel d'exposition n'est produite aux débats »[93]. C'était donc à l'employeur de mesurer le taux d'empoussièrement, ce qui est tout à fait en cohérence avec son obligation de prévention des risques professionnels[94]. Cette mesure permet à la fois de s'assurer que le niveau d'empoussièrement ne devienne jamais problématique tout en servant, éventuellement, de preuve de l'exécution loyale de son obligation. Par ailleurs, la Cour d'appel souligne qu'en l'espèce, le risque élevé de développer une maladie grave était « à l'évidence démontrée » par l'état de santé de plusieurs salariés ayant saisi la juridiction prud'homale dès lors que ceux-ci ont découvert des plaques pleurales et des épaississements de plaques pleurales en 2018 et 2019[95].

Il en ressort que ce « standard » du « risque élevé de pathologie grave » peut sembler difficile à manipuler dans le cadre de l'amiante, d'autant plus que « le délai de latence particulièrement long s'écoulant entre l'exposition et l'apparition de la maladie interdit de considérer comme acquis à ce stade des connaissances scientifiques qu'une faible exposition ne fait pas courir un risque élevé de développer une pathologie grave »[96]. Ainsi, la démonstration d'une exposition fautive du salarié à des poussières d'amiante sur la durée peut quasi-automatiquement intégrer le standard du « risque élevé de développer une pathologie grave »[97]. Ce standard ne semble donc pas avoir pour fonction d'exclure trop facilement certains travailleurs exposés aux poussières d'amiante d'une réparation de leur préjudice d'anxiété. Il permet plutôt de caractériser pleinement le préjudice subi tout en offrant un standard applicable à d'autres matériaux toxiques dont les conséquences sur l'organisme humain pourraient les faire entrer dans le champ d'application de ce standard. C'est d'ailleurs ce que démontre la chambre sociale de la Cour de cassation dans plusieurs arrêts rendus le 11 septembre 2019[98] dans lesquels elle énonce que « le salarié qui justifie une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave et d'un préjudice d'anxiété personnellement subi d'une telle exposition peut agir contre son employeur pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité »[99].

La solution ne se limite donc plus aux poussières d'amiante. Or, si les substances pouvant être considérées comme nocives ou toxiques sont nombreuses[100], il faudra toutefois que les salariés qui cherchent à obtenir réparation pour leur préjudice d'anxiété atteignent le standard d'un « risque élevé de développer une pathologie grave » pour y avoir droit. Cela pourrait s'avérer délicat pour certaines substances dont le niveau de toxicité fait encore l'objet de débats scientifiques[101]. Pesticides, microfibres, ondes-radios, micro-plastiques, métaux lourds, ondes ionisantes, etc.

---

[88] V. en ce sens D. Asquinazi-Bailleux, *op. cit.*
[89] *Cf. supra*, CA Bordeaux, soc., arrêt, 17 déc. 2020, n° 20/01074 et s., note n° 2
[90] *Ibid.*
[91] *Ibid.*
[92] *Ibid.*
[93] *Ibid.*
[94] *Cf.* not. Art. L. 4121-2 C.trav.
[95] *Cf. supra*, CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373 et s., note n° 4
[96] *Ibid.*
[97] V. en ce sens D. Asquinazi-Bailleux, *op. cit.*
[98] Cass. Soc. 11 sept. 2019, n°17-24.879 et autres. *Cf.* M. Keim-Bagot, « Préjudice d'anxiété : quand le droit rime enfin avec justice », *SSL*. 23 sept. 2019, n° 1875, p. 9 ; S. Tournaux, « L'expansion du domaine de l'action en réparation d'un préjudice d'anxiété », *précité.*
[99] *Ibid.*
[100] V. par ex. les substances listées aux articles R. 4411-1 C.trav. et s.
[101] V. en ce sens S. Tournaux *op. cit.*, avec l'exemple de la créosote

L'être humain vit de plus en plus avec la conscience latente et permanente d'un risque toujours plus prégnant de développer individuellement une pathologie grave liée à la pollution collective de son environnement. Le progrès technique, à l'origine de cette pollution ambiante permet d'ailleurs aux individus de profiter d'une longévité accrue qui augmente, elle aussi, le risque intrinsèque de développer des maladies graves. Les individus qui s'informent et vieillissent sont donc nécessairement plus conscients de leur vulnérabilité croissante et donc plus exposés au risque de ressentir une angoisse face à cette réalité somme toute inhérente à notre obsolescence biologique. C'est pourquoi un préjudice d'anxiété découlant de l'exposition à une substance toxique ou nocive donnée ne peut être légitimement réparable en dehors des schémas de solidarité nationale de la protection sociale que si la pathologie envisagée est d'abord suffisamment « grave » pour la distinguer du risque ambiant. Il faut ensuite que le risque de développer cette pathologie grave du fait de l'exposition en cause soit suffisamment « élevé » pour que le lien de causalité entre cette exposition fautive et l'angoisse du salarié à l'idée de développer cette pathologie puisse être constituée[102].

En ce sens, la solution dégagée par la Cour de cassation pour les salariés exposés à des substances nocives ou toxiques ne relevant pas de l'ACAATA paraît équilibrée. Cela d'autant plus que le contentieux étudié en l'espèce montre que les substances à la nocivité élevée et documentée ne posent pas vraiment de difficultés. Reste cependant le délicat problème de l'évaluation du préjudice subi.

B) L'évaluation du préjudice d'anxiété

Dans sa décision du 05 avril 2019, l'Assemblée plénière a considéré que le juge du fond ne pouvait allouer une indemnité en réparation du préjudice d'anxiété en se déterminant simplement par « des motifs généraux, sans caractériser le préjudice personnellement subi par le salarié »[103]. Or, au-delà du fait de savoir si le salarié qui se prévaut d'un préjudice d'anxiété a effectivement été personnellement exposé au risque, cette phrase semble également indiquer que la réparation elle-même doit être d'une certaine façon « personnalisée »[104]. Elle ne peut donc plus être de nature forfaitaire[105].

Toutefois, dans les décisions d'espèce, la Cour d'Appel de Bordeaux n'a pas choisi de personnaliser les réparations et semble ainsi prendre un peu de distance avec la position défendue par la Cour de cassation. Dans le contentieux de la « Monnaie de Paris », la Cour d'appel a attribué 10 000 euros d'indemnité par salarié exposé, somme considérée comme étant « la juste réparation de son préjudice »[106]. La Cour s'appuie pour ce faire sur « la durée d'exposition à l'amiante » des salariés ainsi que des pièces produites au débat et, notamment, les attestations de proches ainsi que des pièces médicales[107]. La Cour souligne par ailleurs que « la légèreté manifestée par l'employeur dans la mise en œuvre de son obligation de sécurité » ainsi que le fait que le salarié était exclu du dispositif de l'ACAATA « n'ont pu que majorer l'inquiétude dans laquelle vit le salarié »[108]. Cette remarque, sous forme d'*obiter dictum*[109], semble insinuer que le préjudice d'anxiété des personnes exclues de l'ACAATA pourrait être plus important que ceux qui en bénéficient. Cette idée a par ailleurs beaucoup de sens. Être exclu de l'ACAATA signifie sans aucun doute, pour un salarié exposé à des poussières d'amiante, un sentiment d'injustice profonde ainsi qu'une crainte attachée au fait de savoir que faire reconnaître son préjudice par le juge est à la fois bien plus long – et chacun peut imaginer à quel point le temps d'un salarié dans une telle situation peut être précieux – et plus complexe que pour ceux qui bénéficient de l'allocation.

Dans le contentieux impliquant la SNCF de juillet 2021, la Cour d'appel a versé 15 000 euros par salarié exposé en s'appuyant sur la preuve de l'exposition apportée par chaque salarié, leur fiche d'exposition ainsi que les attestations de leurs proches[110]. La différence de 5000 euros entre les deux espèces semble s'expliquer par la durée d'exposition. En effet, dans le contentieux de décembre 2020, la Cour d'appel parle systématiquement d'une exposition « de plus de 10 ans »[111] là où dans le contentieux de juillet 2021, la durée d'exposition minimale est de 20 ans[112]. Cependant, certains des salariés demandeurs ont travaillé pour la SNCF pendant plus de 40 ans[113]. Il peut donc

---

[102] V. en ce sens L. Gamet, 2015 *op. cit.*
[103] Cass. Ass. Plen. 5 avril 2019 *précité*
[104] V. en ce sens M. Bacache, « Préjudice d'anxiété et exposition à l'amiante », *JCP* 2016. Doctr. 117 ; X. Aumeran, 2017, *op. cit.*
[105] *Ibid.*
[106] *Cf. supra*, CA Bordeaux, soc., arrêt, 17 déc. 2020, n° 20/01074 et s., note n° 2
[107] *Ibid.*
[108] *Ibid.*
[109] S. Tournaux, « L'*Obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011. 45
[110] *Cf. supra*, CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373 et s., note n° 4
[111] *Cf. supra*, CA Bordeaux, soc., arrêt, 17 déc. 2020, n° 20/01074 et s., note n° 2
[112] *Cf. supra*, CA Bordeaux, ch. soc., sect. A, arrêt, 7 juill. 2021, n° 20/03373 et s., note n° 4
[113] *Ibid.*

sembler surprenant qu'un salarié ayant travaillé 20 ans pour l'employeur considéré et un autre salarié ayant travaillé 40 ans pour celui-ci obtiennent exactement la même réparation. Le préjudice subi peut-il vraiment être le même ? Le risque de déclenchement d'une pathologie grave augmente en effet avec la durée d'exposition, sauf à démontrer que la nature du travail des salariés concernés a pu les exposer à des degrés variables, mais aucune indication à ce titre n'est développée en l'espèce. Après avoir caractérisé le fait que chaque salarié a bien « personnellement subi » un préjudice, la Cour d'Appel ne prend donc pas le parti de personnaliser la réparation en fonction des situations individuelles. Peut-être existe-t-il ici un risque sérieux de censure par la Cour de cassation étant donné que la Cour d'appel n'a pas individualisé la réparation des préjudices subis. Elle a simplement déduit des faits de l'espèce une somme forfaitaire qu'elle applique à tous les salariés exposés aux poussières d'amiante dans l'établissement considéré, quand bien-même les situations individuelles de ces salariés ne semblent difficilement comparables.

Cela étant dit, au regard de la nature du préjudice réparé, qui est éminemment subjectif, ainsi que la fonction particulièrement large qui lui est attribuée : « réparer l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un risque élevé de développer une pathologie grave y compris ceux liés aux bouleversements dans les conditions d'existence »[114], une fixation quasi-forfaitaire de l'indemnité en fonction des cas de l'espèce peut avoir du sens. Il peut en effet être délicat pour le juge de s'embarquer dans une périlleuse et arbitraire hiérarchisation des nuances de la souffrance. Reste néanmoins que les indemnités fixées par les juges du fond peuvent parfois significativement varier d'une Cour d'appel à une autre[115], ce qui paraît tout à fait inéquitable.

***

Les arrêts d'espèce illustrent donc la mise en œuvre concrète de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés aux poussières d'amiante qui ne sont pas couverts par l'ACAATA. Ils peuvent obtenir réparation s'ils démontrent la réalité de leur préjudice ainsi qu'un manquement de leur employeur à son obligation légale de sécurité. Si l'exclusion injustifiée des salariés non bénéficiaires de l'ACAATA de la réparation d'un préjudice d'anxiété vient enfin d'être résolue, l'incohérence juridique congénitale au régime ouvert aux salariés bénéficiaires de l'ACAATA n'a, pour sa part, toujours pas été corrigée. En effet, l'ACAATA est un régime légal qui relève de la solidarité nationale et qui échappe, par définition, au droit commun de la responsabilité. Or, la jurisprudence étudiée remet en exergue le fait que « compléter » cette allocation par le versement d'une indemnité au titre d'un préjudice d'anxiété par le recours au droit commun de la responsabilité[116], sans qu'il soit nécessaire pour le salarié de démontrer la réalité du préjudice allégué ni même l'existence d'une faute qui permettraient d'expliquer pourquoi la responsabilité de l'employeur est engagée, semble juridiquement contestable[117]. Les évolutions récentes de la jurisprudence devraient toutefois permettre à la Cour de cassation de corriger cette difficulté en rapprochant les deux régimes de réparation au profit de celui qui est le plus équitable[118]. Cela étant dit, plusieurs auteurs ont pu soulever la délicate question de savoir si l'état d'anxiété généré par l'exposition des salariés à une substance toxique ou nocive ne pourrait pas, en fin de compte, finir par tomber dans le champ d'application des législations en matière de maladie professionnelle pour ainsi sortir du contentieux prud'homal[119].

---

[114] C. Potier et J. Frangié-Moukanas, « Deux régimes probatoires pour le préjudice d'anxiété », *Hebdo éd. Social* n° 864, 6 mai 2021

[115] Cass. Soc. 3 mars 2015, n° 13.20-486 et s.

[116] *Cf.* C. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, BDPT n° 282,1992, p. 4 sur l'émergence d'un « droit civil professionnel » développé par la jurisprudence « à partir du droit civil classique pour compléter le régime juridique spéciale ».

[117] *Cf.* L. Gamet, 2015 *op. cit.,* A.-M. Grivel, 2021, *op. cit.*

[118] C. Potier et J. Frangié-Moukanas, *op. cit.*

[119] *Cf.* par ex. L. Gamet, 2015 *op. cit.;* X. Aumeran, 2017, *op. cit.*

L'obligation de délivrance conforme, la garantie des vices cachés et la garantie de conformité à la lumière de l'ordonnance du 29 septembre 2021

Par Cédric EDOUARD
Doctorant à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Unité de recherche : TRansitions Energétiques et Environnementales (UMR 6031 TREE, CNRS)

En matière de vente, les actions dont bénéficie l'acheteur insatisfait se sont progressivement multipliées et complexifiées, rendant parfois poreuses les frontières entre obligation de délivrance et obligations de garantie.

Les moyens offerts à l'acheteur sont ainsi variés, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité du bien vendu aux attentes initialement prévues. Lorsqu'il est consommateur, il peut potentiellement se fonder sur le manquement à l'obligation de délivrance conforme, la garantie des vices cachés, ou encore la garantie de conformité spécifiquement prévue en droit de la consommation. La superposition entre droit « commun » de la vente et droit spécial en présence d'un consommateur implique nécessairement de se questionner sur le domaine couvert par chacune d'entre elles, leurs délais d'action et sur les sanctions qui y sont attachées, en vue d'opter *in fine* pour l'action la plus adaptée à ses besoins.

Une telle multiplicité aurait toutefois pu être évitée, la question s'étant posée d'opérer une refonte du droit de la vente lors de la transposition de la directive communautaire du 25 mai 1999[1]. Les débats furent houleux, opposant ceux qui préconisaient une stricte transposition de l'ordonnance, et donc la création d'une nouvelle action au sein du Code de la consommation, et ceux qui voulaient éviter la « *complexité indescriptible* »[2] qu'elle aurait engendré, en insérant une action unique au sein du Code civil[3]. C'est, on l'aura compris, la première option qui a été choisie, et adoptée par voie d'ordonnance en 2005[4]. Plus récemment, l'ordonnance du 29 septembre 2021[5] s'est inscrite dans la lignée de ce choix, et n'a pas remis en cause cette triple possibilité, voire a eu au contraire tendance à opter pour un renforcement de la garantie légale de conformité. La nouveauté réside plutôt dans son adaptation aux nouveaux biens et services liés au développement du numérique, qui peuvent la rendre beaucoup plus attractive qu'auparavant[6]. Les actions fondées sur cette garantie se voient donc considérablement renouvelées et précisées et semblent ainsi être les plus appropriées et attrayantes pour ce type de biens, contenus ou services, tout en présentant les mêmes avantages, parfois même renforcés, que lui conférait déjà le droit antérieur. L'observation de la jurisprudence locale et nationale semble d'ailleurs indiquer que la garantie de conformité est beaucoup moins mobilisée par les consommateurs que ne le sont la garantie des vices cachés et le manquement à l'obligation de délivrance conforme, l'enjeu de sa modernisation étant ainsi d'en faire un outil plus attrayant.

---

[1] Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

[2] V. le Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, présidé par Madame le Professeur VINEY, p.5 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/0000.pdf).

[3] V. spécifiquement s'agissant du domaine de l'action, G. VINEY, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP G* 2002, n°36, doctr. 158.

[4] V. l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur (https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000257818) ratifiée par la loi n°2006-406 du 5 avril 2006 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux.

[5] V. Ordonnance n°2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2022.

[6] Selon le rapport au président de la République relatif à ladite ordonnance, « *les règles transposées visent, d'une part, à conforter et adapter le régime existant de garantie légale de conformité des biens* [...] *en consacrant en particulier des dispositions nouvelles applicables aux biens comportant des éléments numériques. Elles visent, d'autre part, à créer, non seulement un régime analogue de garantie de la conformité pour les contrats de fourniture de contenus et de services numériques, mais également à encadrer cette nouvelle catégorie contractuelle par des règles relatives à leur formation, leur modification et leur durée* ».

La présente contribution vise ainsi à faire le point sur les différentes garanties offertes à l'acheteur consommateur, au regard de la jurisprudence locale et nationale en la matière et à la lumière de l'ordonnance du 29 septembre 2021. L'approche sera ainsi essentiellement comparative : elle ne vise pas à entrer dans le détail sur chacune des obligations ou garanties, mais à identifier leurs différences, similarités, en vue de dresser un rapide portrait de leurs avantages et inconvénients afin de développer une éventuelle stratégie procédurale.

Le choix est ainsi dépendant des domaines des différentes garanties (I), de leurs délais d'action (II), ou encore de leurs effets (III).

I - Un choix tenant aux domaines des garanties

Le choix de la garantie pour laquelle l'acheteur consommateur peut opter dépend d'abord au domaine couvert par chacune d'entre elles. Ainsi, en cas de défaut de conformité fonctionnelle, il pourra opter pour la garantie des vices cachés (A). Si le défaut de conformité est matériel, il est en principe préférable d'opter pour une violation de l'obligation de délivrance conforme (B). Enfin, quoi qu'il en soit, du point de vue du domaine de la garantie, la conception moniste de la garantie de conformité spécialement prévue au profit du consommateur lui permettra de s'y fonder, et ce que le défaut de conformité soit matériel ou fonctionnel (C). S'agissant du cumul d'action, au vu de leur différence de domaines, le cumul entre obligation de délivrance conforme et garantie des vices cachés n'est pas admis : il faudra nécessairement opter pour l'un ou l'autre selon le défaut en cause[7]. En revanche, du fait de sa conception moniste, la garantie de conformité peut sans problème être mobilisée en concours avec l'une ou l'autre des deux actions précitées[8].

A) La garantie des vices cachés : la garantie contre un défaut de conformité fonctionnelle

Sans cesse renforcée depuis 1804, la garantie des vices cachés est devenue incontournable et n'a eu de cesse d'être valorisée y compris en droit de la consommation où elle tend à devenir une garantie impérative[9]. Tout acheteur, qu'il soit consommateur ou non, peut donc s'en prévaloir, ses conditions étant légalement définies aux articles 1641 à 1649 du Code civil.

Outre des conditions tenant à la vente[10], d'autres tiennent évidemment au vice faisant l'objet de la garantie. Une approche conceptuelle et fonctionnelle sont envisagées par la jurisprudence pour définir la notion. La première consiste à considérer que le vice est un défaut, une anomalie, une défectuosité, qui doit surtout être inhérent à la chose vendue[11]. La seconde implique quant à elle que le défaut compromette l'usage de la chose, et qu'il faille donc appréhender le vice au regard de la fonction attendue de la chose. Si cette dernière devient totalement impropre à son usage, le vice est qualifié de rédhibitoire, mais le défaut peut aussi simplement diminuer l'usage attendu de la chose. Ce dernier est considéré comme étant l'usage normal attendu de la chose, mais si l'acquéreur la destinait à un usage spécifique, il peut le faire entrer dans le champ contractuel pour qu'il puisse faire l'objet de la garantie.

---

[7] Leurs sphères sont en effet désormais différentes : la garantie de conformité couvre la non-conformité au contrat, tandis que la garantie des vices cachés couvre la non-conformité à l'usage attendu du bien.

[8] L'article L217-13 du Code de la consommation prévoit en effet que les dispositions relatives à la garantie de conformité « *ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi* ». L'ordonnance du 29 septembre 2021 reprend cette disposition à l'article L217-30, de manière sensiblement identique mais avec une précision bienvenue puisque « *vices rédhibitoires* » est remplacé plus largement par « *garantie des vices cachés* ».

[9] Dès le décret du 27 mars 1997, l'article R131-1 du Code de la consommation prohibait les clauses ayant pour effet de supprimer ou réduire le droit à réparation du non-professionnel ou du consommateur. Cet aspect a été ensuite précisé par un décret du 18 mars 2009, qui dresse une liste plus exhaustive des clauses présumées irréfragablement abusives au sein du même article. La liste est enfin reprise suite à la recodification opérée en 2016 à l'article R212-1. Dans les contrats de consommation, l'existence de la garantie des vices cachés doit d'ailleurs obligatoirement être rappelée dans l'acte de vente (article L217-15 C. conso avant l'ordonnance, devenu L217-22), en vue d'informer le consommateur de ces possibles cumuls d'actions, non évincées par des garanties contractuelles supplémentaires. L'objectif est d'éviter les abus de professionnels qui souhaiteraient diminuer ces garanties légales en leur substituant des garanties contractuelles moins avantageuses, ou du moins en laissant penser au consommateur qu'il ne bénéficie que de ces dernières.

[10] Sont ainsi exclues les ventes effectuées par autorité de justice, et les ventes aléatoires lorsque l'acquéreur achète le bien « en l'état », ou autrement dit « à ses risques et périls ». D'autres sont aussi exclues de cette garantie au profit d'autres garanties spécifiques : c'est notamment le cas de la vente d'immeuble à construire qui bénéficie du régime de garantie des constructeurs, et de la vente d'animaux qui quant à elle est garantie contre des vices spéciaux énoncés au sein du Code rural (V. Civ. 1ère, 30 septembre 2010, n°09-16.990). Certaines décisions locales admettent toutefois le foncement, V. par exemple CA Toulouse, 22 mai 2019, n°16/01682 à propos de la vente d'un cheval.

[11] La déception de l'acheteur doit donc trouver sa source dans la chose elle-même, dans sa fabrication, son entretien ou encore ses éléments intrinsèques. Pour davantage de précisions, V. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz 2019, p.427. De nombreux exemples locaux récents peuvent être trouvés, dans laquelle cette condition est sans cesse rappelée (V. par exemple, s'agissant d'une usure anormale du moteur résultant d'un mauvais entretien du véhicule, CA Pau, 26 mai 2020, n°18/01476 ; CA Toulouse, 7 juillet 2021, n°20/00975 ; CA Agen, 1er décembre 2021, n°20/00583. Pour un exemple dans lequel le vice n'est pas retenu, CA Bordeaux, 3 juillet 2020, n°18/00258).

Comme son nom l'indique, la garantie ne couvre que des vices qui soient cachés, c'est-à-dire des vices non apparents et ignorés de l'acheteur[12]. S'agissant de la condition d'un vice non apparent[13], elle s'apprécie de manière concrète lors de la livraison de la chose, au regard des capacités et compétences de l'acheteur à déceler le vice sur le bien, mais aussi de manière abstraite au regard des compétences qu'aurait eu n'importe quel autre acheteur standard. L'acheteur profane est donc de ce point de vue davantage protégé[14] que l'acheteur professionnel pour lequel un vice serait plus difficilement caché, d'autant qu'il est présumé en avoir connaissance. S'agissant de la condition tenant de l'ignorance du vice par l'acheteur, c'est un moyen de défense au profit du vendeur qui peut s'exonérer en prouvant que l'acheteur avait été informé de l'existence du vice au moment de la conclusion du contrat.

Enfin, le vice doit être antérieur à la vente, ce qui concentre d'ailleurs une grande partie du contentieux puisque c'est l'acheteur qui supporte la charge de la preuve s'agissant de cet élément[15]. Toutefois, en cas d'incertitude, le doute profitera au vendeur[16]. Sur ce point, nous le verrons, la garantie de conformité est bien plus avantageuse pour l'acheteur consommateur qui bénéficie d'une présomption d'antériorité.

La garantie des vices cachés entend donc sanction un défaut de conformité fonctionnelle, de vices non-apparents, ignorés de l'acheteur et antérieurs à la vente. En cela, elle diffère de l'obligation de délivrance conforme, qui est désormais en principe cantonnée à une conformité matérielle.

B) L'obligation de délivrance conforme : un cantonnement de principe à une conformité matérielle

L'obligation de délivrance conforme découle de l'application de l'article 1603 du Code civil qui impose tout simplement au vendeur de délivrer la chose qu'il vend. L'article suivant se cantonne quant à lui à une définition de la délivrance, sans en fixer les contours : le domaine de cette garantie est donc essentiellement jurisprudentiel, si bien qu'il a pu connaître un certain nombre de fluctuations. Sans entrer dans le détail, l'objectif étant d'adopter une approche comparative[17], l'obligation de délivrance conforme concerne tout d'abord certes la délivrance de la chose convenue mais aussi de ses accessoires[18].

S'agissant de l'appréciation de la conformité, la conception adoptée par les rédacteurs du Code civil était plutôt matérielle : il s'agit dans ce cas de vérifier qu'il n'y a aucune différence matérielle entre la chose commandée et la chose qui est finalement délivrée à l'acheteur. Elle peut être d'ordre quantitatif[19] ou qualitatif[20].

Toutefois, et c'est ce qui intéresse davantage notre propos, la jurisprudence a pu développer une approche qui cette fois était davantage d'ordre fonctionnel, et a ainsi brouillé les frontières entre obligation de délivrance conforme et garantie des vices cachés. Ce mouvement, à l'origine de divergences entre certaines chambres de la Cour de cassation[21], avait pourtant été implicitement entamé par l'Assemblée dans un arrêt du 7 février 1986[22]. Mais c'est finalement la première chambre civile qui consacre le plus clairement une conception moniste de la garantie de

---

[12] L'article 1642 précise en effet que « *le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* ».

[13] Pour être couvert, le vice apparent doit faire l'objet d'une agréation avec réserves, sans quoi la réparation ne pourra être obtenue.

[14] Il lui suffit en effet de déballer la marchandise et de l'examiner de manière superficielle pour considérer qu'il s'est bien assuré de l'absence de vice apparent. La jurisprudence est ainsi assez tolérante.

[15] V., parmi d'autres, Civ. 1ère, 20 mai 2010, n°08-21.576.

[16] Notamment si le doute émane de l'expertise, qui ne permettrait pas d'exclure un vice développé postérieurement à la vente, V. Com., 20 avril 2017, n°15-21.877.

[17] Pour une approche très détaillée, V. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz 2019, p.372 et suiv.

[18] Cet aspect est d'ailleurs consacré à l'article 1615 du Code civil. Ils peuvent être matériels, lorsque ce sont des accessoires par production, comme les fruits, ou par affectation, c'est-à-dire les éléments qui peuvent être affectés au bien vendu comme les immeubles par destination ou encore les biens meubles matériels nécessaires à l'usage de la chose. Les accessoires peuvent être aussi juridiques, comme les documents administratifs, les droits réels et certains droits et obligations attachés à la chose vendue. Ils peuvent aussi concerner les contrats accessoires, les droits et actions accessoires (créances de non-concurrence, créances de délivrance et de garantie, clauses de règlement des litiges, créances d'indemnisation...). V. pour plus de détail, P. PUIG, *op. cit.*, p. 378 et suiv.

[19] La règle est posée à l'article 1616. Par exemple, il s'agirait de vérifier la conformité du poids, du nombre d'unités vendues ou encore de la superficie d'un immeuble.

[20] La conformité qualitative concerne quant à elle une différence propre aux caractéristiques de la chose vendue, qui varient selon la nature du bien dont il est question. Par exemple, lorsqu'il est question d'un corps certain, les caractéristiques du bien délivré doivent exactement correspondre à celles du bien commandé (Civ. 1ère, 9 avril 2014, n°12-20.250 concernant une voiture blanche équipée d'un toit ouvrant, l'acheteur ne saurait accepter un véhicule sans cette option, ou avec mais de couleur différente ; voire même l'objet exactement promis et non un autre en tous points similaire, V. Civ. 1ère, 26 novembre 1980 à propos d'un livre numéroté). Lorsqu'il s'agit d'une chose de genre le principe est similaire, la chose délivrée doit être identique à celle promise et présenter les mêmes caractéristiques. Enfin, de manière générale, comme en dispose l'article 1614 du Code civil, la chose doit être délivrée dans le même état que lorsqu'elle a été vendue, ce qui fait peser sur le vendeur une obligation de conservation, sans toutefois l'obliger à remettre la chose en parfait état si elle a été vendue sans l'être.

[21] V., entre autres, A. BENABENT, « L'action en garantie des vices cachés ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle », *D.* 1993, p.506. L'auteur considère d'ailleurs que « *cette extension revient donc à confondre délivrance et garantie des vices : dans les deux cas l'action est fondée sur le fait que la chose ne fournit pas l'usage attendu* ».

[22] Ass. plén., 7 février 1986, n°84-15.189. Elle estime que le manquement contractuel fondé sur un défaut de délivrance conforme peut se traduire par la vente d'« *un produit non conforme à l'usage auquel il était destiné et qui était à l'origine des dommages subis* ».

conformité. En effet, dans un arrêt du 20 mars 1989[23], elle mentionne explicitement que « *l'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but par lui recherché* »[24]. La solution a d'ailleurs été suivie de plusieurs décisions de la chambre commerciale allant dans un sens similaire[25]. L'objectif était, dans la plupart des cas, de contourner l'ancienne exigence du « bref délai » de prescription de la garantie des vices cachés au profit d'une prescription de droit commun (V. *infra*).

Après quatre années d'incertitude, la première chambre civile opère un spectaculaire revirement dans un arrêt du 8 décembre 1993[26], en déclarant que « *le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue le vice prévu par les articles 1641 et suivants du Code civil* ». Malgré cela, certaines confusions subsistent, notamment lorsque le défaut de conformité découle d'une différence matérielle entre le bien commandé et le bien livré, qui rend la chose impropre à l'usage attendu[27].

La Cour de cassation privilégie toutefois le défaut de conformité lorsqu'une confusion peut apparaître, soit du fait d'une entrée de l'usage de la chose dans le champ contractuel[28], soit lorsque la non-conformité de la chose découle davantage d'une délivrance incomplète de la chose que d'un véritable défaut de celle-ci[29].

S'agissant des jurisprudences locales, on peut observer une mouvance similaire, et l'analyse des jurisprudences des Cours d'appel semblent aller dans ce sens[30]. L'admission des atténuations consacrées par la Cour de cassation, notamment s'agissant de l'entrée dans le champ contractuel de l'usage attendu du bien qui pourrait permettre la sanction sur le fondement de l'article 1604 semble par ailleurs aussi admise[31].

Si l'acheteur est consommateur, il peut aussi se fonder sur la garantie de conformité, dont la conception moniste englobe tant la conformité matérielle que fonctionnelle.

C) La garantie de conformité : le maintien par l'ordonnance d'une conception moniste englobant conformité matérielle et fonctionnelle

Outre une modification de l'article liminaire du Code de la consommation, désormais enrichi de pas moins de dix nouvelles définitions[32] directement inspirées de l'article 2 de la directive du 20 mai 2019[33], l'ordonnance du 29 septembre 2021 opère plutôt un élargissement de la garantie, ce qui peut ainsi la rendre plus attractive lorsque sont concernés des biens, contenus ou services numériques.

L'architecture du Code de la consommation distingue désormais deux cas dans lesquels la garantie de conformité peut être envisagée : celle relative aux biens[34], toujours présente aux L217-1 à L217-32 du Code de la consommation, que l'on enrichit des biens comportant des éléments numériques, et plus spécifiquement celle relative aux contrats de fourniture de contenus et de services numérique, aux nouveaux articles L224-25-1 à L224-25-32[35].

---

[23] Civ. 1ère, 20 mars 1989, n°87-18.517.

[24] Il s'agissait d'un appareil de détartrage destiné à permettre le bon fonctionnement de divers autres appareils, qui s'est avéré totalement inefficace. La résolution du contrat est ainsi prononcée en violation de l'obligation de délivrance de l'article 1615.

[25] V. notamment Com., 22 mai 1991, n°89-15.406 ; 18 février 1992, et 1er décembre 1992, n°91-10.275.

[26] Civ. 1ère, 8 décembre 1993, n°91-19.927.

[27] V. par exemple, Civ. 3ème, 6 octobre 2004, n°02-20.755 ; Civ. 3ème, 21 octobre 2014, n°13-23.142 ; Com., 22 novembre 2016, n°14-23.658.

[28] Civ. 3ème, 7 avril 2016, n°15.15.678.

[29] Civ. 3ème, 6 octobre 2004, n°02-21.088.

[30] V., en dernier lieu, CA Toulouse, 3ème ch., 14 janvier 2021, n°20/00381, la Cour estime en effet que « *la résolution de la vente avec possibles dommages et intérêts pour défaut de conformité sanctionne le fait d'avoir vendu une chose ne correspondant pas aux attentes contractuelles. Pour emporter la garantie du fait d'un défaut de conformité il n'est pas nécessaire que le défaut soit d'une gravité particulière ni qu'il ait rendu la chose impropre à son usage* ». V. aussi, CA Pau, 1ère ch., 20 mai 2020, n°18/00346, ou encore CA Bordeaux, 2ème ch., 26 novembre 2020, n°18/000063, où elle mentionne *que « la livraison d'une chose conforme à la chose convenue, ce qui est le cas en l'espèce, mais atteinte de défauts la rendant impropre à l'usage auquel elle est destinée, ne constitue pas un manquement du vendeur à l'obligation de délivrance mais uniquement à son obligation de garantie des vices cachés ».*

[31] V., entre autres, CA Pau, 1ère sect., 20 juillet 2020, n°18/01771, qui estime à propos de l'application de l'article 1604, que « *la mise en œuvre de cette disposition nécessite que soit déterminée la nature précise des qualités que devait présenter la chose vendue dans le cadre des relations entre vendeur et acheteur* ». L'acheteur semblait avoir spécifié au vendeur l'usage auquel il destinait les biens objet de la vente, et le juge admet que s'il avait émis des réserves à ce titre lors de la réception du bien, son action aurait pu aboutir sur fondement, puisqu'un « *un simple examen, même superficiel, des* [biens] *dont il prenait possession aurait permis à* [l'acheteur] *de constater que ceux-ci n'étaient pas conformes à l'usage auquel il les destinait* ».

[32] Pour une critique de ces ajouts, V. J.-P. PELLETIER, « La dénaturation de l'article liminaire du code de la consommation », *D.* 2021, p.1873.

[33] Directive du 20 mai 2019 n°2019/771 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.

[34] Les contrats de prestation de services sont donc exclus. Pour un exemple local récent, V. CA Pau, 14 décembre 2021, n°19/03/874, à propos de travaux de rénovation.

[35] Contenus au sein du même livre que la garantie de conformité, mais dans le titre 2 qui concerne les règes propres à certains contrats, dans une nouvelle section 2 bis du Chapitre 4 relatif aux dispositions propres à certains contrats ayant un objet particulier.

Comme auparavant, la première est d'ordre public, tout comme la seconde nouvellement créée[36]. Dans les deux cas, des dispositions spécifiques concernant les mises à jour[37] ou le traitement des données à caractère personnel[38] sont d'ailleurs prévues.

Le modèle reste toutefois celui de la garantie « générale » de conformité, telle qu'enrichie par l'ordonnance, qui a ainsi été adaptée aux enjeux du numérique et modifiée notamment dans les contrats qu'elle couvre. L'article L217-1 subit ainsi une transformation notable pour notamment établir les frontières entre les biens meubles couverts par la garantie générale et les contrats de fourniture couverts par la garantie spéciale[39]. En plus de ce changement, d'autres biens sont désormais exclus de la garantie. C'est par exemple le cas de la vente d'animaux domestiques, qui pouvait auparavant en bénéficier[40].

S'agissant de la conformité, l'ordonnance ne modifie pas l'appréciation tant matérielle que fonctionnelle[41] qui était effectuée jusqu'alors, mais l'adapte aux nouveaux biens qu'elle couvre. Les dispositions des articles L214-4 et L214-5 sont ainsi considérablement enrichie. Le premier définit la garantie de conformité au sens matériel[42] et le second précise son sens fonctionnel[43]. La nouvelle garantie offerte s'agissant des contrats de fourniture de contenus ou de services numériques est d'ailleurs calquée sur les dispositions relatives à la vente de biens, comme en disposent les articles L224-25-12 et suivants du Code de la consommation[44].

Tout comme la garantie des vices cachés, l'antériorité du défaut est une condition pour que soit mise en jeu la garantie, mais le consommateur est ici avantagé dans la mesure où il bénéficie d'une présomption d'antériorité. L'article L217-7 précisait ainsi qu'elle jouait pendant 24 mois à compter de la délivrance du bien neuf, et 6 mois pour un bien d'occasion[45]. Le procédé est bien évidemment conservé par l'ordonnance, mais est étendu à 12 mois pour les biens d'occasion. Le texte est aussi adapté aux biens comportant des éléments numériques, le bénéfice de la présomption peut dans certains cas être étendu aussi longtemps que le contenu numérique ou le service numérique est fourni[46]. La garantie spéciale nouvellement créée la prévoit aussi pour un délai d'un an à compter de la fourniture du contenu ou du service numérique[47]. C'est ainsi un atout de taille qui peut rendre la garantie de conformité assez attractive, l'ordonnance optant pour un renforcement de la protection du consommateur. La présomption n'est

---

[36] V. respectivement les L219-1 et L224-25-32 du Code de la consommation.

[37] V. respectivement les articles L217-18 et suivants pour la garantie « générale » de conformité, et L224-25-24 et suivants pour la garantie offerte pour la fourniture de contenu ou de service numérique.

[38] V. respectivement les articles L217-6 pour la garantie « générale » de conformité, et L224-25-14 pour la garantie offerte pour la fourniture de contenu ou de service numérique.

[39] Plusieurs alinéas concernent ainsi cet aspect, on notera l'alinéa 5, qui inclut les « *biens comportant des éléments numériques au sens de l'article liminaire lorsque ces éléments sont fournis avec ces biens dans le cadre du contrat de vente, que ces contenus numériques ou services numériques soient fournis par le vendeur ou par un tiers. Lorsqu'il n'apparaît pas clairement que la fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique fait l'objet d'un contrat distinct, cette fourniture est présumée relever du contrat de vente du bien* ». Si un contrat couvre à la fois la vente d'un bien, et la fourniture d'un contenu ou service numérique, l'alinéa suivant fait jouer les deux garanties distinctes pour l'un et pour l'autre. L'article L217-2 précise ensuite les biens exclus et confirme cette répartition.

[40] La Cour de cassation l'admettait (Civ. 1ère, 12 juin 2012, n°11-19.104 ; Civ. 1ère, 20 février 2019, n°17-28.819. Pour un exemple local, V. CA Pau, 30 novembre 2021, n°19/01091 ; CA Toulouse, 15 juin 2020, 18/02947 ; pour la vente de chiot), si bien qu'il faudra distinguer selon que les contrats de vente d'animaux sont conclus avant ou après l'entrée en vigueur de l'ordonnance : dans le second cas, seule la garantie spécifiquement prévue par le Code rural pourra s'appliquer. Ce dernier a d'ailleurs été modifié en conséquence : l'article L213-1 n'opère désormais plus de renvoi à la garantie de conformité. On assiste ainsi, avec l'article L217-2 tel que modifié par l'ordonnance, à un alignement sur la garantie des vices cachés, comme on a pu le voir précédemment.

[41] Pour une formulation explicite de la conception moniste dans une décision locale, V. CA Toulouse, 20 mars 2019, n°18/03862.

[42] Le 1° mentionne ainsi que le bien est conforme lorsqu'il « *correspond à la description, au type, à la quantité et à la qualité, notamment en ce qui concerne la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité, ou toute autre caractéristique prévue au contrat* ». Le 2° précise quant à lui qu'il est aussi conforme s'il « *est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, porté à la connaissance du vendeur au plus tard au moment de la conclusion du contrat et que ce dernier a accepté* ». On retrouve ainsi l'entrée de l'usage dans le champ contractuel admis par la Cour de cassation en ce qui concerne l'obligation de délivrance conforme.

[43] Le 1° dispose que le bien est aussi conforme s'« *il est propre à l'usage habituellement attendu d'un bien de même type* ». Cette disposition reprend la formulation de l'ancien article, mais en le précisant davantage, non seulement au regard du droit de l'Union et des normes qu'elle peut imposer, mais aussi du fait de l'adaptation du texte aux nouveaux enjeux du numérique (V. notamment les 3° et 5°). Le texte est ainsi enrichi de 9 alinéas, qui précisent *in abstracto* mais de manière très détaillée les critères de conformité.

[44] L'alinéa 1er de l'article L224-25-13 traite de l'aspect fonctionnel, en posant que « le professionnel fournit un contenu numérique ou un service numérique conforme au contrat ainsi qu'aux critères énoncés à l'article L. 224-25-14 », la conformité au contrat étant ensuite plus clairement précisé par l'article L224-25-13, sur le même modèle que la garantie « générale ». Il en est de même pour la conformité à l'usage à l'article L224-25-14.

[45] Pour un exemple local récent d'application de la présomption, V. CA Toulouse, 18 juin 2019, n°18/05407 ; CA Toulouse, 28 mai 2019, n°18/03956.

[46] La réserve est toutefois émise que le contrat prévoit une durée de fourniture du service supérieure à deux ans. Dans le cas où le contrat ne détermine pas la durée de fourniture, ou lorsqu'elle est prévue mais pour une durée inférieure à deux ans, le bénéfice de la présomption ne dure que deux ans à compter de la délivrance.

[47] V. l'article L224-25-26 du Code de la consommation.

toutefois pas irréfragable, le vendeur pourra ainsi démontrer, comme auparavant, que « *cette présomption* [est] *incompatible avec la nature du bien ou du défaut invoqué* »[48].

Les domaines de chacune des garanties diffèrent, ce qui peut être un critère de choix, mais ce dernier reste conditionné aux délais d'action qui s'y rattachent.

II - Un choix tenant aux délais d'action des garanties

Bien évidemment, le choix de l'action la plus appropriée pour l'acheteur consommateur est aussi dépendant des délais d'action des différentes garanties. Si l'obligation de délivrance conforme est prescrite selon les règles de droit commun (A), la garantie des vices cachés est quant à elle enserrée dans un délai de deux ans qui débute toutefois à compter de la découverte du vice (B). Un délai similaire est posé s'agissant de la garantie de conformité offerte à l'acheteur consommateur, mais il court à compter de la délivrance et est dans certains cas modulable si des éléments numériques sont contenus dans le contrat (C).

A) L'obligation de délivrance conforme : un délai de prescription de droit commun

S'agissant de l'obligation de délivrance conforme, dans la mesure où aucun délai particulier n'est prévu, elle obéit au délai de prescription de droit commun de 5 ans de l'article 2240 du Code civil. Contrairement à la garantie des vices cachés, il s'agit bien d'un délai de prescription, susceptible de suspension.

À noter toutefois que ce délai peut être étendu à 10 ans en cas de dommage corporel, à compter de la date de consolidation des blessures, comme le prévoit l'article 1226.

Ce délai de droit commun diffère du délai spécial prévu en matière de garantie des vices cachés.

B) La garantie des vices cachés : un « bref délai » de forclusion désormais étendu à deux ans à compter de la découverte du vice

Témoignage du lien entre garantie de conformité et garantie des vices cachés, c'est lors de la transposition de la directive du 25 mai 1999 que l'article 1648 a été modifié pour que soit supprimée la très contestée exigence d'un « bref délai »[49], au profit d'un délai de deux ans à compter de la découverte du vice. Le délai est donc significativement étendu, tant par sa longueur que par son point de départ, ce qui profite à l'acheteur.

À noter toutefois qu'en cas de chaîne homogène de contrats, lorsque le vendeur intermédiaire est assigné par son acheteur, il doit agir contre le vendeur initial au plus tard dans les deux ans à compter de son assignation, qui constitue à son égard la découverte du vice. Le bénéfice du point de départ du délai est donc aussi à son profit.

Dans la mesure où le délai peut ainsi être excessivement long, il demeure toutefois encadré par l'article 2232 du Code civil qui le maximise à 20 ans, ou à 5 ans par l'article L110-4 du Code de commerce lorsqu'il s'agit d'un acte de commerce. Sur ce point, certaines particularités peuvent là encore être soulevées en cas de chaînes de contrats. En effet, dans un arrêt du 6 juin 2018[50], la première chambre civile estime « *que le point de départ du délai de la prescription extinctive prévu à l'article L. 110-4 du code de commerce,* [...] *courait à compter de la vente initiale,* [...] *de sorte que l'action fondée sur la garantie des vices cachés* [...] *était manifestement irrecevable, l'action récursoire contre le fabricant ne pouvant offrir à l'acquéreur final plus de droits que ceux détenus par le vendeur intermédiaire* »[51]. Au niveau des jurisprudences locales, on peut noter une application stricte par la Cour d'appel de Toulouse[52], d'Agen[53], et de Bordeaux[54]. En revanche, la Cour d'appel de Pau semble plus flexible, et on peut saluer son raisonnement, en estimant qu'il « *reste donc à trancher la question de savoir si, en matière commerciale, l'article L 110-4 du Code de commerce doit continuer à conserver un régime spécifique. Ce texte ne s'exprime que sur la durée du délai de*

---

[48] Cette réserve est précisée dès l'alinéa 1er de l'article L217-7, mais la preuve demeure tout de même assez difficile à rapporter. Elle est aussi mentionnée au II de l'article L224-25-16 s'agissant des contrats de fourniture de contenu ou services numériques. À noter toutefois une obligation pour le consommateur de « *coopérer avec le professionnel, dans la mesure de ce qui est raisonnablement possible, nécessaire et le moins intrusif pour lui, afin de déterminer si le défaut de conformité est causé par cette incompatibilité* ». À défaut, il supportera la charge de la preuve, à moins qu'il n'ait pas été informé de cette obligation par le professionnel.

[49] C'est précisément l'exigence de ce bref délai qui avait conduit la jurisprudence à étendre l'obligation de délivrance conforme pour permettre à l'acheteur de s'y fonder lorsque l'action en garantie des vices cachés lui était fermée. L'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 février 2005 ayant fait perdre de l'intérêt à cette extension, cela laisse présager un maintien de la conception la plus restrictive de l'obligation.

[50] Civ. 1ère, 6 juin 2018, n°17-17.438.

[51] V. aussi Com., 16 janvier 2019, n°17-21.477.

[52] V. dernièrement, CA Toulouse, 20 septembre 2021, n°20/03234.

[53] CA Agen, 12 mai 2021, n°18/00811.

[54] CA Bordeaux, 19 janvier 2021, n°17/011948, qui cite d'ailleurs explicitement les arrêts de la Cour de cassation.

prescription et ne contient aucune dérogation à l'article 2232 du code civil. Il ne fait donc pas obstacle au report du point de départ du délai de prescription à la date de découverte du vice caché »[55].

S'agissant d'une éventuelle suspension ou interruption de la prescription, le délai de deux ans étant analysé par la Cour de cassation comme étant un délai de forclusion, seule l'interruption est admise[56]. En vertu de l'article 2241 du Code civil, un nouveau délai court donc à partir du moment où une action est intentée, même s'il s'agit par exemple d'une demande d'expertise *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile[57].

Si le délai de la garantie de conformité offerte au consommateur est lui aussi en principe de deux ans, non seulement son point de départ diffère, mais il peut aussi être plus long du fait de son adaptation au numérique.

C) La garantie de conformité : un délai de prescription de principe de deux ans à compter de la délivrance du bien

Sur ce point, là encore l'ordonnance du 29 septembre 2021 reste dans la continuité, tout en adaptant la prescription de l'action aux biens comportant des éléments numériques ainsi qu'à la nouvelle garantie spéciale propres aux contrats de fourniture de contenus et de services numériques. S'agissant de la première, elle est toujours, par principe et comme en dispose l'article L217-3 alinéa 2 du Code de la consommation, de deux ans à compter de la délivrance du bien, mais il peut être bien plus long lorsque « *le contrat prévoit la fourniture continue d'un contenu numérique ou d'un service numérique pendant une durée supérieure à deux ans* ». Dans ce dernier cas, la durée de la garantie suit assez logiquement celle de la fourniture du service. En ce qui concerne ensuite la garantie de conformité propre aux contrats de fourniture de contenus ou de services numériques, elle suit les mêmes délais que la garantie générale, comme en dispose l'article L224-25-12 du Code de la consommation.
Outre ces délais d'action, les différentes obligations ou garanties se distinguent aussi évidemment par leurs effets, qui selon les cas peuvent orienter la stratégie procédurale.

III - Un choix tenant aux effets des garanties

Le choix qui s'offre à l'acheteur consommateur tient aussi, c'est évident, aux effets et aux sanctions de l'obligation de délivrance conforme et des différentes garanties. Même si des similitudes sont présentes, chacune peut présenter certaines particularités. Ainsi, si l'obligation de délivrance conforme est très simplement sanctionnée comme en droit commun des contrats (A) certaines spécificités sont présentes en ce qui concerne la garantie de vices cachés, l'acheteur pouvant opter pour une action estimatoire ou rédhibitoire (B). Enfin, s'agissant de la garantie de conformité, les sanctions sont similaires mais une hiérarchie est imposée au consommateur (C), l'ordonnance confirmant une volonté des directives européenne de privilégier au maximum l'exécution normale du contrat.

A) L'obligation de délivrance conforme : la similarité avec le droit commun des contrats

Lorsque l'acheteur a émis des réserves sur la conformité du bien lors de sa livraison, il pourra ensuite se prévaloir de sanctions prévues aux articles 1610 et 1611 du Code civil, qui reprennent peu ou prou les règles de droit commun.

Il peut ainsi d'abord obtenir l'exécution de l'obligation, que ce soit en se fondant sur différentes formes d'exception d'inexécution[58], ou en demandant l'exécution forcée de l'obligation. Il peut ensuite opter pour la résolution du contrat[59], et quoi qu'il en soit des dommages et intérêts si le manquement à l'obligation de délivrance lui a causé un préjudice[60].

Les sanctions prévues s'agissant de la garantie des vices cachés sont quant à elle plus spécifiques.

B) La garantie des vices cachés : le choix entre action estimatoire et rédhibitoire, cumulable avec l'octroi de dommages et intérêts

---

[55] CA Pau, 6 juillet 2021, n°19/03262.

[56] La suspension du délai est donc exclue. V. Civ. 3ème, 10 novembre 2016, n°15-24.289. Cette analyse est d'ailleurs confirmée au niveau local, V. par exemple CA Pau, 8 septembre 2020, n°19/00665.

[57] Attention toutefois : le nouveau délai de deux ans commence à courir à la date de l'ordonnance de désignation de l'expert, et non au moment où ce dernier rend son rapport, si bien qu'il faut veiller à introduire l'action au fond même si l'expert tarde à le remettre.

[58] Sur le modèle de l'article 1219, l'acheteur peut ainsi refuser de procéder au paiement, que ce soit totalement ou partiellement, ou encore de refuser de prendre réception de la marchandise qu'il estime être non conforme. Il peut aussi obtenir la réduction proportionnelle du prix sur le fondement de l'article 1223.

[59] Que ce soit judiciairement, ou par l'intermédiaire du nouvel article 1226 par voie de notification au vendeur, mais à ses risques et périls.

[60] Pour davantage de détails sur ces aspects, V. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz 2019, p.389 et suiv.

En ce qui concerne la garantie des vices cachés, c'est l'article 1646 du Code civil qui énumère les options qui s'offrent à l'acheteur. Ce dernier peut donc choisir totalement librement[61] entre action rédhibitoire et estimatoire. La première lui permet d'obtenir une restitution totale du prix de vente, tandis que la seconde implique la possibilité de conserver la chose vendue entachée d'un vice, tout en obtenant une restitution partielle du prix. Cette dernière ne correspond ni au prix des travaux de remise en état[62], ni à une restitution quasi intégrale du prix. Elle est calculée en fonction de la différence entre la valeur du bien payée par l'acheteur, et sa valeur lorsqu'il est entaché du vice caché. Enfin, le vendeur peut toutefois aussi proposer à l'acheteur de réaliser à sa charge des travaux pour remettre le bien en état, sans pouvoir toutefois lui imposer[63]. Si l'acheteur accepte, il ne pourra toutefois plus ensuite faire valoir la garantie des vices cachés pour obtenir une autre sanction[64]. L'acheteur peut aussi, dans une certaine mesure, imposer la remise en état de la chose par le vendeur, ou le contraindre à supporter le prix des réparations[65].

À ces sanctions peuvent s'ajouter le versement de dommages et intérêts en cas de mauvaise foi du vendeur, qui aurait connu l'existence du vice au moment de la conclusion du contrat et n'en aurait pas informé l'acheteur. En principe, la charge de la preuve pèse sur ce dernier, mais la jurisprudence a posé depuis longtemps une présomption irréfragable de mauvaise foi pesant sur le vendeur professionnel qui, par sa profession, devrait avoir connaissance du vice de la chose qu'il vend[66] : il est donc par principe tenu de réparer tous les dommages causés par le vice de la chose. L'appréciation de ce qui caractérise un vendeur professionnel est d'ailleurs très souple : cette qualité peut être déduite du fait que le vendeur exerce l'activité à titre habituel[67], ou encore du fait que le vendeur avait lui-même construit le bien vendu[68] ou plus largement le particulier qui a conçu et réalisé lui-même les travaux[69].

On retrouve le même type de sanctions en ce qui concerne la garantie de conformité, même si le consommateur doit se soumettre à une hiérarchie imposée.

C) La garantie de conformité : une hiérarchie des sanctions imposée au consommateur

L'objectif de la directive de 1999, qui n'a pas changé avec celle de 2019, était de privilégier l'exécution normale du contrat. S'agissant des effets de la garantie de conformité, l'ordonnance du 29 septembre 2021 ne modifie donc pas la logique des remèdes antérieurs, qui demeurent hiérarchisés.

Ainsi, une priorité est toujours donnée par l'article L217-8 du Code de la consommation à la réparation ou au remplacement du bien. Ce n'est qu'à défaut qu'il peut obtenir une réduction du prix, ou encore la résolution du contrat. Le second alinéa exprime quant à lui aussi la possibilité pour le consommateur, comme en droit commun, de suspendre le paiement du prix dans l'attente d'une mise en conformité par le vendeur, ou encore de demander des dommages et intérêts. La logique est exactement la même pour les contrats de fourniture de contenus ou de services numériques, et est énoncée à l'article L224-25-17.

Même si la sanction lui est imposée, une liberté de choix entre réparation ou remplacement lui est tout de même toujours conférée[70], sans frais[71], sous la réserve que l'option choisie ne soit pas impossible ou n'entraîne pas

---

[61] Cette liberté s'impose tant au juge qu'au vendeur, qui ne peut par ailleurs se prévaloir d'une clause qui aurait limité ce choix. V., pour davantage de détails sur les effets de la garantie des vices cachés, V. P. PUIG, op. cit., p.437 et suiv.

[62] V. Civ. 1ère, 27 avril 2017, n°16-11.653. La Cour estime ainsi que « *dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts* » et que dans la mesure où pour condamner les vendeurs « *l'arrêt retient le montant des travaux énoncé par l'expert désigné en* référé, [...], *la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Les juges du fond semblent toutefois réceptionner cette solution de manière assez relative. En effet, la Cour d'appel de Toulouse estime par exemple que « *la partie de prix restituée dans le cadre de l'action estimatoire est évaluée au regard du coût des réparations* » (CA Toulouse, 9 septembre 2020, n°19/04866), tandis que celle d'Agen l'admet aussi implicitement (s'agissant des frais de réparation d'un véhicule, CA Agen, 27 novembre 2019, n°17/00744), tout comme celle de Pau qui estime que « *l'importance de la réduction du prix démontre qu'elle tient bien compte du coût des réparations* » en vue de confirmer le jugement de première instance sur cet aspect (CA Pau, 4 février 2020, n°17/02378) et celle de Bordeaux qui soutient que'« *il est admis que la restitution partielle du prix de vente peut se traduire par l'indemnisation de la victime du vice caché des frais relatifs à la réparation de la chose atteinte par ce vice* » (CA Bordeaux, 13 décembre 2018, n°16/02153).

[63] Civ. 1ère, 20 décembre 2017, n°16-26.881.

[64] Com. 1er février 2011.

[65] Civ. 1ère, 6 avril 2016, n°15-12.402, qui semble l'admettre implicitement.

[66] Pour des exemples locaux récents, CA Bordeaux 27 juin 2019, n°16/04350, qui énonce qu'« *une présomption de connaissance du vice affectant la construction du bien immobilier pèse sur tout vendeur professionnel* » ; CA Agen, 8 février 2021, n°19/00118 ; CA Toulouse, 9 novembre 2021, n°20/03782 ; CA Pau, 22 novembre 2010, n°09/00810.

[67] V. Civ. 1ère, 30 septembre 2008, à propos d'un directeur d'agence bancaire qui avait vendu en deux ans 41 véhicules.

[68] Civ. 3ème, 10 juillet 2013, n°12-17.149, cité d'ailleurs par l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 27 juin 2019 précité.

[69] Civ. 3ème, 18 avril 2019, n°18-20.180. Pour davantage de détails, y compris sur les chaînes de contrats, V. P. PUIG, op cit., p.441 et suiv.

[70] V. art. L217-9 du Code de la consommation.

[71] V. art. L217-11 du Code de la consommation. Cela comprend d'ailleurs les frais d'enlèvement et de réinstallation du bien, qui le cas échéant sont supportés par le vendeur. L'ordonnance reprend ainsi les positions jurisprudentielles antérieures (V. par ex. CJUE, 16 juin 2011, n°65/09) à l'article L217-10, qui précise par ailleurs qu'il doit effectuer les réparations en principe dans un délai raisonnable ne pouvant excéder 30 jours à compter de la demande du consommateur.

un coût manifestement disproportionné pour le vendeur. Dans ce dernier cas, l'article L217-12 permet à ce dernier de « *ne pas procéd*[er] *selon le choix opéré par le consommateur* », le refus devant être « *motivé par écrit ou sur support durable* »[72]. Là encore, la garantie spéciale nouvellement créée est calquée sur ce modèle[73]. L'ordonnance précise par ailleurs que la mise en conformité du bien peut avoir une influence sur les délais de la garantie. Le consommateur bénéficie désormais d'une extension de 6 mois si le bien a été réparé, voire d'un nouveau délai de deux ans si le remplacement du bien a été effectué par le vendeur alors qu'il avait opté pour sa réparation[74].

Ce n'est qu'à défaut que le consommateur peut demander la réduction du prix ou la résolution du contrat, dans les cas énoncés dans l'article L217-14 du Code de la consommation[75]. Par exemple, si « *le professionnel refuse toute mise en conformité* », ou bien si ce dernier a dépassé le délai de 30 jours pour y procéder, ou encore si le consommateur devait supporter les frais d'enlèvement ou de réinstallation, ou même si la non-conformité du bien est toujours constatée même après sa réparation ou son remplacement. Par exception, il peut toutefois demander la résolution immédiate du contrat « *lorsque le défaut de conformité est si grave qu'il justifie que la réduction du prix ou la résolution du contrat soit immédiate. Le consommateur n'est alors pas tenu de demander la réparation ou le remplacement du bien au préalable* ». Le vendeur pourra toutefois le refuser en démontrant que le défaut de conformité est mineur[76].

En cas de réduction du prix, tout comme dans l'appréciation que fait la Cour de cassation de l'action estimatoire dans la garantie des vices cachés, elle est constituée par la différence entre la valeur du bien délivré et la valeur de ce bien en l'absence du défaut de conformité[77].

Les sanctions propres à la garantie de conformité sont donc certes assez proches de celles de la garantie des vices cachés ou de l'obligation de délivrance conforme, mais leur hiérarchisation peut aussi être un critère de choix pour l'acheteur consommateur qui préfèrerait directement opter pour un remboursement du bien, mais qui ne remplirait pas les critères posés en droit de la consommation.

[72] Cette réserve était déjà prévue par l'article L217-9 ancien, l'ordonnance reprenant désormais avec un peu plus de précision 3 critères listés pour apprécier l'impossibilité ou la disproportion qui motive le refus : la valeur qu'aurait le bien en l'absence de défaut de conformité, l'importance du défaut de conformité, la possibilité éventuelle d'opter pour l'autre choix sans inconvénient majeur pour le consommateur. Ce dernier peut d'ailleurs contester le refus si « *ces conditions ne sont pas respectées* ».

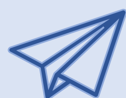
[73] V. les articles L224-25-18 et L224-25-19 du code de la consommation.

[74] V. art. L217-13 du Code de la consommation, le délai commençant à courir le jour de la délivrance du bien remplacé.

[75] L'équivalent pour les contrats de fourniture de contenus ou de services numériques se situe à l'article L224-25-18.

[76] V. pour la nouvelle garantie spéciale, art. L224-25-20. La principale différence instaurée par l'ordonnance réside dans des dispositifs permettant de protéger professionnel et consommateur contre d'éventuels abus du fait de la particularité des biens en cause, V. sur ce point l'art. L224-25-22.

[77] V. art. L217-15 du Code de la consommation, et L224-25-21 pour la garantie spéciale.



Actualité…

Covid-19 et bail commercial : le preneur peut-il invoquer la perte de la chose louée pour s’exonérer du paiement des loyers ?

Par Fabien Kendérian
Maître de Conférences HDR, Université de Bordeaux
Unité de recherche : Institut de Recherche en Droit des affaires et du Patrimoine (IRDAP - EA 4191

TJ Bordeaux, 5e ch. civ., 20 janv. 2022, n° 18/11291

Par jugement du 20 janvier 2022, le tribunal judiciaire de Bordeaux s’est à son tour prononcé sur la question actuellement très controversée du sort des loyers commerciaux échus pendant la période de fermeture administrative des commerces pour cause de Covid-19[1]. Alors que les notions du droit commun des contrats (imprévision, force majeure, exception d’inexécution), ne semblent guère pouvoir permettre aux locataires de s’exonérer du paiement des loyers[2], la solution pour les preneurs se situe peut-être dans le droit civil spécial des baux et la perte de la chose louée régie par l’article 1722 du Code civil[3], si tant est que l’application de ce texte n’ait pas été écartée dans le bail.

Dans l’espèce jugée par les magistrats bordelais, le preneur – qui exerçait une activité d’opticien dans un local situé dans la galerie marchande d’un centre commercial –, avait, au détour d’un litige portant sur la validité d’une clause d’indexation, invoqué la perte de la chose louée pour obtenir le remboursement d’une somme correspondant aux loyers payés durant la période du 14 mars au 11 mai 2020, en raison de la fermeture du local consécutive à la situation sanitaire.

Le tribunal judiciaire de Bordeaux relève d’abord que si la perte de la chose louée de l’article 1722 du Code civil peut être matérielle, elle peut aussi s’entendre d’une « *destruction de nature juridique* » lorsqu’un texte légal, entré en application en cours de bail, rend l’utilisation des lieux impossible pour le locataire. Selon le tribunal, « cette hypothèse correspond à la perte juridique et économique du local loué par l’effet des mesures de fermeture imposées par les autorités gouvernementales dans le cadre de la politique de prévention de l’extension de la Covid-19 », et ce notamment sur la période invoquée par le preneur. Mais la juridiction bordelaise ajoute immédiatement que les circonstances à prendre en considération pour déterminer s’il y a destruction de la chose louée « doivent nécessairement être caractérisées par des éléments objectifs, mais tenant compte de la particularité de l’activité exercée, tels que la possibilité de recevoir du public, la mise en place d’une commercialité alternative comme la

---

[1] V. not. sur la question, F. Danos : JCP E 2020, 1179 ; J.-P. Blatter : AJDI 2020, p. 245 ; A. et J.-P. Confino : AJDI 2020, p. 326. – V. aussi nos obs., Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l’exemple de la Covid-19 : RTD com. 2020, p. 265.
[2] P. Lemay, Loyers commerciaux et Covid-19 : les juridictions du fond affinent la jurisprudence : RLDA nov. 2021, p. 50, et les décisions citées ; adde nos obs., Covid-19 : les limites de l’exception d’inexécution en matière de paiement des loyers commerciaux, note ss TJ Paris, 18e ch., 2e sect., 25 févr. 2021, n° 18/02353 : D. 2021, p. 728.
[3] N. Dissaux, L’épidémie, cette perte : D. 2020, p. 887.

livraison ou le retrait de commande ou l'utilisation continue des locaux conformément à leur destination ainsi que l'obtention d'aides éventuelles ». Au vu de ces critères, le tribunal judiciaire de Bordeaux a jugé que les conditions d'application de l'article 1722 du Code civil n'étaient pas réunies en l'espèce. Il relève que « le preneur, qui n'est pas visé par l'interdiction temporaire de réception du public, pouvait organiser différemment l'exercice de son activité commerciale », étant ajouté que « les prescriptions administratives interdisant la libre circulation des personnes, ou pour le moins limitant cette circulation, si elles ont pour effet de réduire l'attrait de la clientèle ou de l'achalandage, sont sans commune mesure avec les locaux donnés à bail et l'activité exercée ». Le tribunal estime en conséquence qu' « il est impossible de retenir une quelconque perte juridique de la chose louée », et que le locataire n'est donc pas fondé à agir en répétition de l'indu au titre des loyers du printemps 2020.

Ce jugement tout en nuances mérite approbation. Il permet de trouver un point d'équilibre entre ceux qui considèrent que l'impossibilité d'exploitation ne peut aucunement être assimilée à une destruction, sauf à détourner de leur sens les dispositions de l'article 1722 du Code civil[4], et ceux qui considèrent qu'une telle impossibilité provisoire équivaut par principe à une perte partielle de la chose louée, de sorte que le locataire ne doit aucun loyer durant les périodes de confinement[5]. Le tribunal judiciaire de Bordeaux propose une approche intermédiaire, conduisant à apprécier l'étendue de la perte au regard des circonstances de l'espèce[6]. On ne saurait en effet traiter de la même façon les locataires qui ont été totalement empêchés d'exploiter leur local, mais aussi de changer d'organisation (ex. : discothèques, salles de sport…), et ceux qui n'ont pas été concernés par la mesure d'interdiction de recevoir du public, comme le locataire de l'espèce (un opticien pour rappel), ou qui ont pu organiser différemment leur activité commerciale en mettant en place des dispositifs de *click and collect* ou de livraison (ex. : restaurants…). Cette approche conduit à considérer que les locataires pourraient éventuellement invoquer la perte de la chose louée pour s'exonérer des loyers du premier confinement, car il était alors difficile pour les commerçants de s'organiser différemment et immédiatement, mais qu'ils ne le pourraient pas, ou en tout cas plus difficilement, pour les autres confinements, ayant alors eu la possibilité de s'adapter aux circonstances. Avec une telle approche, les locataires et leurs conseils vont devoir motiver très soigneusement leurs demandes d'exonération. Cela étant dit, la meilleure réponse à la problématique des loyers commerciaux en temps de pandémie reste encore la négociation[7].

---

[4] CA Lyon, 8e ch., réf., 31 mars 2021, n° 20/05237. – V. aussi, CA Versailles, 12e ch., 6 mai 2021, n° 19/08848. – TJ Paris, 18e ch., 2e sect., 20 janv. 2022, n° 20/06670.

[5] TJ La Rochelle, 23 mars 2021, n° 20/02428. – TJ Toulouse, 1er juill. 2021, n° 21/02415.

[6] Dans le même ordre d'idée, CA Pau, 2e ch., 26 oct. 2021, n° 21/00335.

[7] D'ailleurs, rappelant la nécessité qu'ont les parties, tout particulièrement en période de crise, d'exécuter le contrat de bonne foi, ce afin d'encourager bailleurs et preneurs à négocier, TJ Paris, 18e ch., 2e sect., 10 juill. 2020, n° 20/04516 : Gaz. Pal. 15 sept. 2020, p. 27, note D. Houtcieff ; AJDI 2020, p. 616, obs. M.-P. Dumont ; RTD com. 2020, p. 783, nos obs.

En 2021, la Nuit du droit avait pour thème général « l'Etat de droit ». Dans le cadre de cet événement national, la Cour d'appel de Toulouse a proposé différentes manifestations sur le thème de « l'égalité des sujets de droit, corollaire indispensable de l'Etat de droit ». Parmi elles, une table ronde, présidée par Monsieur Xavier PAVAGEAU, Président du tribunal judiciaire de Toulouse, était consacrée au « statut des mineurs, des personnes vulnérables et des publics fragilisés ». Elle réunissait Madame Odile BARRAL, première vice-présidente chargée des fonctions de juge des enfants du tribunal judiciaire de Toulouse ; Maître Laurence MONNIER-SAILLOL, avocate, présidente de l'association des avocats des jeunes de Toulouse (AJT) ; Monsieur Eric PELISSON, commissaire régional à la lutte contre la pauvreté de la préfecture Occitanie ; Monsieur Jean TERLIER, député du Tarn, membre de la commission des lois ; Maryline BRUGGEMAN, maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole, auteur de la communication introductive ci-dessous reproduite.

Protection des mineurs – Etat du droit positif

Par Maryline BRUGGEMAN
Maître de Conférences – HDR, Université Toulouse 1 - Capitole
Unité de recherche : Institut de droit privé (EA 1920)

L'enfant est au cœur des préoccupations contemporaines et les règles le concernant, nombreuses et diverses, se révèlent parfois de ce fait complexes. Présenter le droit positif en la matière de manière synthétique est dès lors un exercice périlleux, l'esquisse rapide pouvant facilement se révéler trompeuse…

Le mineur, le plus fragile des vulnérables

Classer l'enfant parmi les vulnérables paraît être une évidence : « par vulnérable, il faut entendre qu'il est physiquement faible ce qui l'empêche d'affronter seul les périls de la vie »[1]. Mais l'enfant n'est pas seulement un être vulnérable, il est aussi le plus fragile de tous : parce qu'il est dépendant – physiquement, psychologiquement, économiquement et bien sûr juridiquement - il subit donc aussi nécessairement les conséquences de la fragilité de ceux qui sont chargés d'assurer sa protection : ses parents bien sûr mais aussi les institutions sociales qui les accompagnent. C'est alors un véritable défi pour le droit d'essayer de garantir à tout enfant une égale protection, quel que soit le lieu où il est né, quel que soit la famille dans lequel il est né, quel que soit son statut social, aisée ou pauvre[2], ou sa composition.

Droit civil et droit pénal partagent plus qu'on pourrait le croire lorsqu'ils abordent l'enfance : d'abord une référence supérieure commune, l'« intérêt de l'enfant » ; des juridictions communes également, le juge des enfants au premier chef ; et enfin, une ambition identique, à savoir garantir sa protection. Mais bien évidemment, des différences se font jour dans le traitement qu'ils proposent : là où le droit civil offre par principe à tout enfant un même statut juridique censé remédier à sa vulnérabilité prise de manière uniforme, le droit pénal tente l'adaptation de sa réponse aux différents âges de l'enfance.

EN DROIT CIVIL

La protection des enfants confiées à leurs parents

En réponse à la dépendance de l'enfant, le droit civil propose d'abord l'autorité parentale ; elle est définie à l'article 371 du Code civil comme un ensemble de droits et de devoirs qui appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé, et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement. Avoir l'autorité parentale implique de décider de ce qui est bien pour l'enfant (ses activités, ses soins, ses études, ses fréquentations) ; l'autorité parentale est un pouvoir de décision sur la vie de l'enfant et c'est un pouvoir d'ordre public auquel les parents ne peuvent pas en principe choisir de renoncer.

A l'autorité parentale, le droit civil associe ensuite l'obligation d'entretien, forme particulière d'obligation alimentaire qui pèse sur les parents jusqu'à ce que l'enfant, devenu adulte, ait acquis son autonomie financière[3].

---

[1] C. NEIRINCK, « L'enfant, être vulnérable », RDSS 2007, p. 5.
[2] C. NEIRINCK (Dir.), « Droits de l'enfant et pauvreté », Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010.
[3] Art. 371-2 C. civ.

Enfin, le droit civil met en place un régime de représentation juridique qu'il confie également aux parents, afin de remédier à l'incapacité juridique qui frappe le mineur : l'enfant est un sujet de droit mais, en raison de sa vulnérabilité et de son inexpérience, il est frappé d'incapacité juridique et ne peut donc exercer les droits qu'il détient.

Ces missions, dévolues par principe aux parents, tendent à remédier à la fragilité matérielle, économique et juridique de l'enfant.

La protection particulière des enfants en danger

Ce dispositif repose sur la confiance dans les parents mais cette confiance n'a rien d'aveugle ! Le droit civil envisage la défaillance des parents et prévoit nombre de dispositifs destinés à y remédier : délégation, tutelle, retrait, délaissement parental et bien entendu, le plus connu, assistance éducative. Créée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 et régie par les articles 375 et suivants du Code civil, l'assistance éducative[4] a pour but d'apporter une aide judiciaire à la famille de l'enfant afin qu'elle puisse mieux jouer son rôle protecteur. Cette aide judiciaire est aujourd'hui dite « subsidiaire » : elle n'intervient en principe qu'après l'intervention des services départementaux de protection de l'enfance[5] mais elle demeure en pratique majoritaire - 73 % des mesures de protection conduites par les Départements étaient judiciaires en 2016 et ce pourcentage s'élevait à 88 % s'agissant des placements. Ce dispositif dit de « protection de l'enfance » dessine une catégorie particulière, celle des « enfants en danger ». Les situations concrètes de ces enfants sont très diverses mais une chose les réunit, la nécessité de suppléer les parents qui ont, d'une manière ou d'une autre, failli à leur mission de protection.

Le droit civil confère à cette catégorie d'enfants en danger des prérogatives qu'il refuse aux autres enfants : être en danger offre à l'enfant la capacité d'exercer les droits conférés à une partie au procès sans l'entremise de leur représentant en saisissant le juge des enfants, « son » juge, en faisant appel de la décision rendue ou encore en choisissant un avocat[6]. La justification de ces particularités est à trouver dans la défaillance parentale ; elle justifie que l'enfant, soit émancipé de l'emprise de ses protecteurs. Néanmoins, il est nécessaire pour cela que l'enfant dispose d'une certaine maturité et dispose de cette faculté de discernement[7] à laquelle les textes subordonnent l'exercice de nombre de ces prérogatives[8]. La référence à cette notion, relativement récente dans le Code civil, vient quelque peu perturber la physionomie d'ensemble du statut civil des mineurs.

---

[4] Les dispositions relatives à l'enfance en danger trouvent leur source dans l'ordonnance du 2 février 1945. Ce texte fondateur du droit pénal des mineurs fut le point de départ d'une réflexion renouvelée à partir de la création de magistrats spécialisés, les juges des enfants. L'idée s'impose de leur confier l'autre volet de la protection de l'enfance : celui d'une aide judiciaire qui permettrait à la famille de mieux jouer son rôle : ainsi fut créée l'assistance éducative par l'ordonnance du 23 décembre 1958 ; parallèlement, le décret du 7 janvier 1959 organisait la protection administrative de l'enfance en danger. En 1970, l'assistance éducative a été intégrée au Code civil aux article 375 et suivants.

[5] Il s'agit du principe de subsidiarité de l'intervention du juge des enfants (art. L. 226-3 et L. 226-4 CASF).

[6] Que le mineur soit autorisé à saisir le juge ne signifie pas qu'il soit au procès une partie comme les autres, étant donné les pouvoirs que le code de procédure civile attribue au juge des enfants. En effet, même si l'enfant peut être le déclencheur de l'action devant le juge des enfants, il n'est ensuite plus maître de la procédure et il ne peut, en particulier, y mettre fin sans que le juge y consente (obs. A. GOUTTENOIRE, sous Civ. 1re, 21 nov. 1995, D. 1996. 420).

[7] L'article 375 du code civil indique que le juge des enfants peut être saisi par le « mineur lui-même » ; aucune limite d'âge n'est prévue par les textes. La Cour de cassation a affirmé ce droit du mineur dans un arrêt du 21 novembre 1995 en précisant qu'il « incombe seulement aux juges du fond de vérifier qu'il possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives » (Civ. 1re, 21 nov. 1995, Bull. civ. I, nº 418 ; D. 1996. 420, note A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 1996. 140, obs. J. Hauser ; RDSS 1996. 390, obs. F. MONEGER). L'exigence de discernement a été par la suite ajoutée par le décret nº 2002-361 du 15 mars 2002 dans certaines dispositions procédurales, en particulier à l'article 1186 du code civil (qui autorise le mineur doué de discernement à se choisir un conseil). La loi du 14 mars 2016 a par ailleurs implicitement validé la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter les mineurs les plus jeunes et donc privés de discernement dans une procédure d'assistance éducative en ajoutant à l'article 388-2 du code civil la précision que « [d]ans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, l'administrateur *ad hoc* désigné en application du premier alinéa du présent article doit être indépendant de la personne morale ou physique à laquelle le mineur est confié, le cas échéant » (*Rép. Civ. Dalloz* « Assistance éducative », n°53).

[8] Cela paraît particulièrement regrettable s'agissant de l'assistance d'un avocat qui n'est toujours pas systématique en assistance éducative Le Défenseur des droits a à cet égard récemment recommandé d'engager les moyens nécessaires pour favoriser la désignation d'un administrateur *ad hoc* en assistance éducative, ce qui selon lui garantirait à l'enfant la désignation d'un avocat (DÉFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel 2018, p. 43/44. – F. MONEGER, Le défenseur des droits au secours des tous jeunes enfants, RDSS 2019. 141). Un rapport adopté à l'unanimité des groupes politiques conclut en faveur de la représentation systématique de l'enfant par son propre avocat (*La Croix* 4 juill. 2019. – V. également D. ATTIAS, La défense des mineurs. Plaidoyer pour une professionnalisation, Cah. just. 2011/3. 29). Le projet de loi relatif à la protection de l'enfant a choisi d'offrir au juge des enfants la possibilité de provoquer la désignation d'un avocat à l'enfant : l'article 375-1 du Code civil est complété par deux nouveaux alinéas ainsi rédigés : « Il doit systématiquement effectuer un entretien individuel avec l'enfant capable de discernement lors de son audience ou de son audition.

« Lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge des enfants, d'office ou à la demande du président du conseil départemental, demande au bâtonnier la désignation d'un avocat pour l'enfant capable de discernement et demande la désignation d'un administrateur ad hoc pour l'enfant non capable de discernement. » (Projet de loi relatif à la protection des enfants, texte de la commission mixte paritaire, 11 janvier 2022).

L'adaptation du dispositif à la maturité de l'enfant

Le statut civil des mineurs a été conçu comme un statut uniforme, indépendant de l'âge de l'enfant. Tous les enfants en bénéficient ou y sont soumis – selon la connotation que l'on entend donner au propos – qu'ils aient trois, dix, treize ou dix-sept ans. Originellement, l'uniformité du statut était vue comme la garantie d'une protection efficace et inconditionnelle de l'enfant. La Convention des Nations-unies relative aux droits de l'enfant (CIDE)[9] a elle-même préféré assimiler l'enfance à la minorité et ainsi éviter les questionnements liés à l'appréhension nécessairement « évolutive » de l'enfance : ainsi que le rappelle l'article 1er de la : *« un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».* Exceptionnellement, une modulation en fonction de l'âge pouvait exister mais ce n'était - et ce n'est encore - qu'exceptionnel : certains seuils d'âge sont édictés et permettent au mineur, lorsqu'il les atteint, d'accéder à une certaine autonomie : treize ans pour consentir à un changement de prénom ou de nom ; seize ans pour tester ou pour être émancipé…

Cette uniformité a été critiquée au nom des droits de l'enfant. La Convention de New-York, et d'autres instruments internationaux après elle, ont invité les Etats à davantage tenir compte de la volonté de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Ainsi alors que le Code civil leur demande de prendre les décisions à sa place, les parents sont parallèlement invités à tenir compte de ses volonté et préférences et à l'associer aux décisions qui le concernent en fonction de son degré de maturité – art. 371-1 al.3 C. civ. Se conformant en particulier à l'article 12 alinéa 2 de la CIDE, le Code civil prévoit désormais le droit de l'enfant « doué de discernement » d'être entendu par le juge dans toutes les procédures qui le concernent là où, autrefois, seuls les adultes avaient droit à la parole[10].

Se dessine ainsi une nouvelle catégorie, celle des enfants « doués de discernement », auquel le Code civil offre certains droits refusés aux autres : donner son avis sur le choix de sa résidence à la suite de la séparation de ses parents ; choisir son avocat en assistance éducative, par exemple… Les contours de cette catégorie sont cependant incertains. La faute à la notion même de discernement, notion cadre dont le caractère malléable est diversement apprécié. Pour les uns, ces évolutions conduisent à mêler inutilement les enfants à des conflits d'adultes (en témoignent notamment les vives discussions suscitées par la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel !) ; pour les autres, il est trop souvent fait échec au droit à la parole de l'enfant au prétexte de son défaut de discernement[11], certains suggérant même aujourd'hui que le juge soit tenu d'entendre l'enfant dès lors qu'il en fait la demande sans exiger qu'il ait le discernement nécessaire[12].

L'évolution contemporaine du droit civil souligne les hésitations du législateur face à des consignes qui peuvent paraître contradictoires : protéger tous les enfants tout en reconnaissant leur autonomie personnelle. Concilier ces deux ambitions se révèle particulièrement délicat lorsqu'est en jeu la protection de la santé de l'enfant et de son intégrité corporelle…

Le droit pénal contemporain paraît confronté à des injonctions tout autant paradoxales s'agissant de la prise en charge de la délinquance des mineurs.

EN DROIT PENAL

Alors que le Code civil utilise essentiellement le terme « enfant », le Code pénal parle pour sa part de « mineur ». Cela peut étonner car il se révèle plus sensible, et depuis plus longtemps que le droit civil aux différentes étapes qui marquent l'enfance en faisant la part belle aux seuils d'âge et à l'aptitude au discernement.

---

[9] CIDE, 26 janvier 1990, ratifiée par la France par la loi n°90-548 du 2 juillet 1990 et entrée en vigueur le 6 septembre 1990 en France (*J.O.* 12 octobre 1990).

[10] Le Code civil fait également référence au discernement dans le cadre de l'adoption mais ce n'est que la transposition de la règle de principe figurant à l'article 388-1, au cas particulier de l'adoption (Art. 353C. civ. al. 2 : Le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne »).

[11] J. HAUSER, « du discernement ou une famille réduite à la procédure », LPA 1999, n°84

[12] DEFENSEUR DES DROITS, Rapport 2020, *Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte* : demande au garde des Sceaux de faire respecter le droit de l'enfant à être auditionné en justice en réformant l'art. 388-1 ; recommande de réformer l'art. 338-4 CPC pour que l'audition de l'enfant qui demande lui-même à être entendu dans le cadre d'une procédure le concernant soit de droit, sans référence à sa capacité de discernement ; compléter l'art. 338-1 CPC pour prévoir que le mineur de 10 ans et plus soit personnellement informé par le greffe de son droit d'être entendu (Rec. N°3). V. également : B. MALLEVAEY, *Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales, 55 recommandations pour améliorer la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille*, Mission Droit & Justice, oct. 2018.

Principe : un droit spécial pour les mineurs

Le mineur victime d'une infraction n'est d'abord pas appréhendé comme une victime adulte : face à une victime mineure, l'infraction comme les peines encourues peuvent être aggravées[13] ; en outre, certaines infractions ne peuvent être commises que sur des mineurs, comme par exemple la corruption de mineur[14]… Mais le droit pénal accorde également au mineur délinquant un traitement différent de celui qu'il réserve au majeur : atténuation de la responsabilité pénale, spécialisation des juridictions[15], recours à des procédures appropriées ; adaptation des peines encourues… L'ensemble du droit pénal est modelé pour tenir compte de la vulnérabilité du délinquant mineur et assurer prioritairement sa protection.

La spécialisation du droit pénal des mineurs, portée d'abord par l'ordonnance du 2 février 1945, a été érigée en 10° Principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) par le Conseil constitutionnel[16]. Elle est aujourd'hui symbolisée par l'entrée en vigueur, le 30 septembre 2021, d'un code dédié à la justice pénale des mineurs (CJPM)[17]. Comme le souligne Monsieur Varinard, « Elaborer un code dédié à la justice des mineurs, c'est […], renforcer la symbolique d'un droit spécifique pour les mineurs délinquants »[18]. Ce nouveau Code paraît avoir adopté la même philosophie que l'ordonnance qu'il remplace : il s'agit toujours de faire primer l'éducatif sur le répressif (art. L11-2 CJPM). A titre d'exemple, les mesures éducatives[19] doivent toujours être privilégiées sur les peines[20], celles-ci n'étant prononcées que si cela est vraiment nécessaire au regard des circonstances et de la personnalité du mineur (art. L11-3 CJPM).

Atténuation : un régime différencié selon l'âge de l'enfant

A la différence du droit civil, le droit pénal est explicitement sensible à l'âge du mineur et fait depuis longtemps la part belle aux seuils d'âge : dix ans autrefois pour une sanction éducative, treize ans pour une peine, seize ans pour être traduit devant la cour d'assises des mineurs, autant d'âges qui marquent le régime de la prise en charge pénale du mineur.

Par ailleurs et surtout, seul le mineur discernant est responsable pénalement : cette référence au discernement datant de l'arrêt *Laboube*[21] de 1956 est bien antérieure à son apparition en Droit civil. Le CJPM en consacre par ailleurs la définition qu'en avait donnée la jurisprudence pénale et européenne : selon l'article L11-1, « est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la

---

[13] Sont causes d'aggravation des infractions commises contre des mineurs, le fait que la victime soit âgée de moins de quinze ans, ou bien que son agresseur ait abusé de l'autorité qu'il a sur elle ou encore de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. Pour de nombreuses infractions, les peines sont augmentées lorsqu'elles sont commises contre un mineur notamment le meurtre (art. 221-4 c.pén.), l'assassinat (art. 221-3 c. pén.), les violences (art. 222-3 ,222-8, 222-10, 222-12, 222-13 c.pén.), le viol (art. 222-24 c.pén.), l'agression sexuelle (art. 222-28, art. 222-29, art. 222-30 C.pén.).

[14] art. 227-22 C. pén.
D'autres infractions ne sont constituées que si la victime est mineure, par exemple la prostitution de mineurs (art. 225-12-1 à 225-12-3 c. pén.), l'utilisation sexuelle de l'image d'un mineur (art. 227-23 C. pén.) ; l'atteinte à la moralité d'un mineur (art. 227-24 C. pén.) ; le délaissement voire, l'abandon de mineur (art. 227-1 à 227-4 et 227-17 C. pén.)…

[15] La spécificité de la justice pénale ne justifie pas de porter atteinte au principe d'impartialité des juridictions tel que garanti par l'article 16 de la Constitution : sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a jugé que le juge des enfants qui a instruit l'affaire et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants ne peut pas présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines (Cons.const. 8 juill. 2011, n°2011-147, QPC, D. Actu 13 juill. 2011, obs. S. LAVRIC) et que le juge des enfants qui a instruit l'affaire – sans ordonner lui-même le renvoi devant le tribunal - ne saurait présider une juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines (Cons.const. 26 mars 2021, n°2021-893, QPC, D. Actu 31 mars 2021, par D. GOETZ).

[16] C. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *Revue de sciences criminelles* 2011, p. 728

[17] Ph. BONFILS, « Quelques observations sur le Code de la justice pénale des mineurs avant son entrée en vigueur », *Procédures* 2021, 8/9, p. 5 ; E. GALLARDO, « Les apports du code de la justice pénale des mineurs », *Gazette du Palais* 28 septembre 2021, p. 11.

[18] A. VARINARD, « Une réforme doublement annonciatrice de la future justice pénale des mineurs », *in Quelles mutations pour la justice pénale du XXI° siècle ?* sous la dir. de S. PELLE, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2020, p. 277.

[19] Le CJPM distingue deux mesures éducatives : l'avertissement judiciaire et la mesure éducative judiciaire (MEJ) (T. LEBRETON et E. RASCHEL, « Les mesures éducatives judiciaires », *Gazette du Palais* 18 septembre 2021, p. 19). La MEJ consiste en un « accompagnement individualisé du mineur construit à partir d'une évaluation de sa situation personnelle, familiale, sanitaire, et sociale » (art. L. 112-2 CJPM) ; elle peut également comprendre certains modules et certaines obligations ou interdictions reprenant la plupart des anciennes sanctions éducatives ; le CJPM offre ainsi aux juges des combinaisons nombreuses censées permettre une meilleure adaptation au cas particulier de chaque mineur, les mesures éducatives pouvant même être articulées avec les peines si le mineur a 13 ans et plus.

[20] S'agissant des peines, le CJPM prévoit comme auparavant une exemption légale de peine en-dessous de 13 ans (même dans le cas où le juge admettrait le discernement avant l'âge de13 ans) et une diminution légale de peine obligatoire entre 13 et 16 ans, facultative entre 16 et 18 ans ; le CJPM reprend la liste des peines non applicables aux mineurs.

[21] Solution reprise à l'article 122-8 du code pénal.

procédure pénale dont il fait l'objet »[22] ; il est en outre précisé que les capacités à discerner ou à non discerner des mineurs « peuvent être établies notamment par leurs déclarations, celles de leur entourage familial et scolaire, les éléments de l'enquête les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis, une expertise ou un examen psychiatrique ou psychologique » - art. R11-1 CJPM.

Le Code innove en revanche en combinant cette condition générale - l'aptitude au discernement – avec la technique des seuils d'âge ; désormais, il est un âge en dessous duquel l'enfant est présumé ne pas être discernant et au-dessus duquel il est présumé l'être : treize ans… Il s'agit d'une double présomption simple présentée comme la traduction dans notre droit de l'article 40-3 de la CIDE qui recommande aux Etats de fixer un âge en dessous duquel les mineurs ne peuvent pas faire l'objet de poursuites pénales.

Les conséquences de cette innovation sur la prise en charge pénale du mineur délinquant sont encore à évaluer. Toutefois, certaines voix se sont élevées pour dénoncer la coloration répressive de cette réforme ; elles y décèlent un rapprochement entre le régime des mineurs et celui des majeurs et un gage donné à ceux qui souhaitent plus de sévérité, d'efficacité, de rapidité vis-à-vis des mineurs délinquants. D'autres sauront mieux que moi discerner la réelle portée des évolutions introduites, en particulier sur le plan procédural, où elles paraissent être les plus importantes[23]. Mais il est certain que ce que craignent certains face à cette réforme du droit pénal rejoint les inquiétudes exprimées par d'autres au regard des bouleversements du statut civil : le risque est le même, celui de finir, en multipliant les dérogations, exceptions et spécificités, par traiter l'enfant à égalité avec l'adulte et ainsi par nier sa vulnérabilité.

C'est de ce risque que le législateur se doit impérativement de toujours se prémunir…

Prochaine Lettre des Cahiers

juillet 2022

[22] Cette partie du texte a été ajoutée par la loi de ratification du 26 février 2021 ; elle est inspirée de l'arrêt *Laboube* pour la capacité de comprendre et de vouloir et de la jurisprudence européenne pour l'aptitude à comprendre la procédure pénale (CEDH 16 déc. 1999 n°24724/94, *T et V c. RU,* Dr. fam. 2000, comm. 46 par A. GOUTTENOIRE).

[23] Signalons en particulier que le juge des enfants perd la fonction d'instruction.

Etablie grâce à la haute et précieuse collaboration pour les Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse de :

Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents, Mesdames et Messieurs les Procureurs Généraux, Mesdames et Messieurs les Magistrats du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les Bâtonniers du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les Avocats des barreaux du ressort des Cours d'appel, Mesdames et Messieurs les directeurs des services des Greffes près des Cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Pau et Toulouse.

Inscription à *La lettre* sur demande adressée à **:** lalettredescahiers@gmail.com

La lettre des Cahiers s'inscrit dans la continuité de la revue *Les Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées* : les exemplaires papier de cette revue, parue jusqu'en 2021, peuvent être demandés (dans la limite des stocks disponibles) à cette même adresse.

Pour toute information :
https://idprive.ut-capitole.fr/les-cahiers-de-jurisprudence-d-aquitaine-et-de-midi-pyrenees Idp/cahiers ;
https://droit.u-bordeaux.fr/Formations/Offre-de-formation/Institut-d-etudes-judiciaires-IEJ/Cahiers-de-Jurisprudence-d-Aquitaine-et-Midi-PyreneescOdj/Pau





